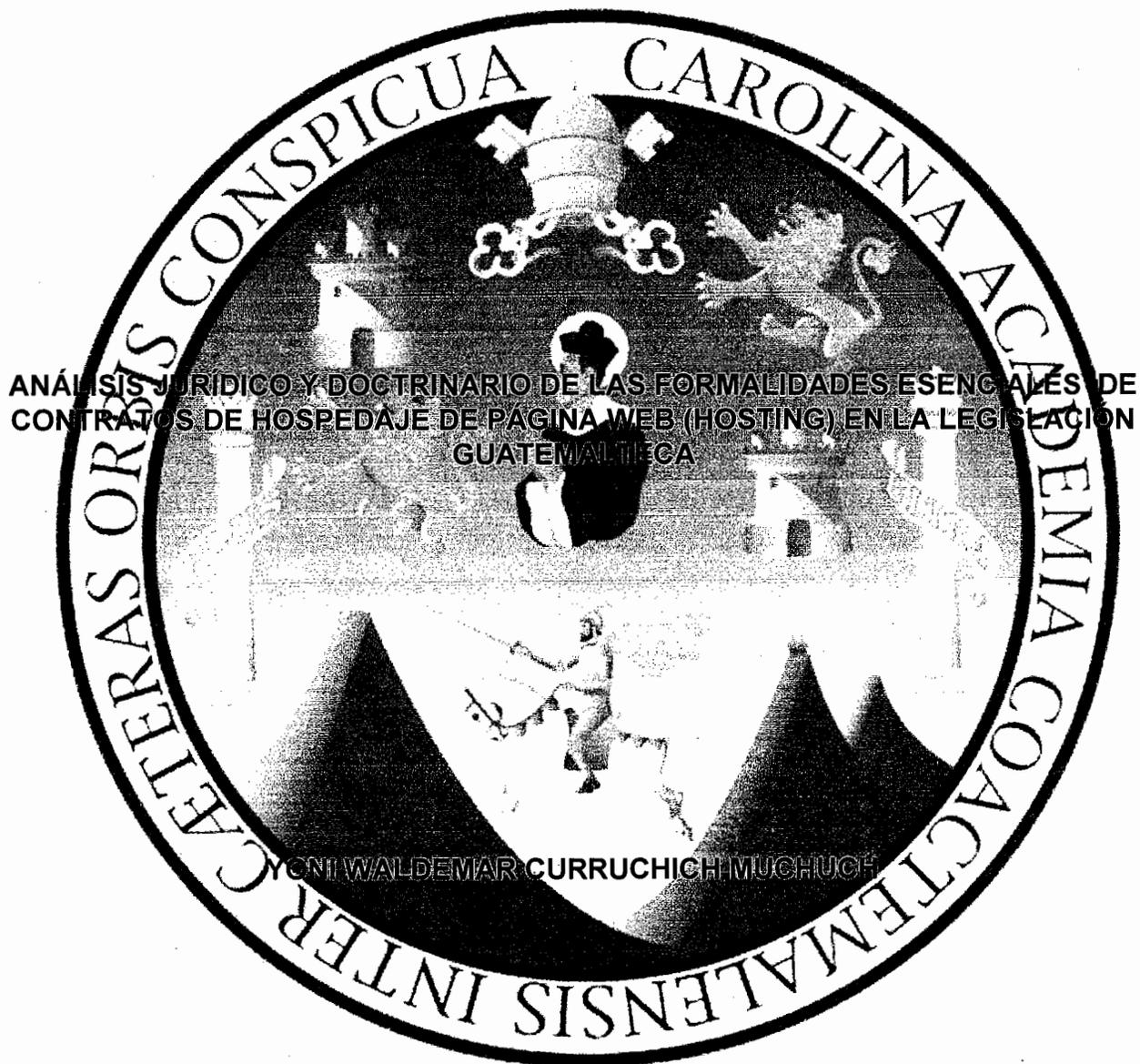


UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES



GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2014

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

ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LAS FORMALIDADES ESENCIALES DE  
CONTRATOS DE HOSPEDAJE DE PÁGINA WEB (HOSTING) EN LA LEGISLACIÓN  
GUATEMALTECA

TESIS



Guatemala, noviembre de 2014

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

<b>DECANO:</b>	Msc.	Avidán Ortiz Orellana
<b>VOCAL I:</b>	Lic.	Luis Rodolfo Polanco Gil
<b>VOCAL II:</b>	Licda.	Rosario Gil Pérez
<b>VOCAL III:</b>	Lic.	Juan José Bolaños Mejía
<b>VOCAL IV:</b>	Br.	Mario Roberto Méndez Alvarez
<b>VOCAL V:</b>	Br.	Luis Rodolfo Aceituno Macario
<b>SECRETARIO:</b>	Lic.	Luis Fernando López Díaz

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ EL EXAMEN TÉCNICO  
PROFESIONAL**

**Primera Fase:**

Presidente:	Licda.	Belgica Anabella Deras Roman
Vocal:	Lic.	Carlos Enrique Culajay Chacach
Secretario:	Lic.	Luis Alfredo González Ramila

**Segunda Fase:**

Presidente:	Lic.	Jorge Mario Álvarez Quiros
Vocal:	Licda.	Hilda Margarita Franco Hernández
Secretaria:	Licda.	Marta Eugenia Valenzuela Bonilla

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

**Bufete Jurídico Profesional**  
**Msc. Paulo Alejandro Mérida Girón**  
**13 calle "A" 11-59 zona 1**  
**Tel: 2230-6705, 5853-9505**



Guatemala 05 de mayo de 2014.

Doctor.  
Bonerge Amílcar Mejía Orellana  
Jefe de la unidad de Asesoría de Tesis  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala  
Su despacho



Doctor Bonerge Mejía

De conformidad con la designación que me fue conferida, según resolución de fecha siete de marzo de dos mil catorce, en la cual se me nombró Asesor del trabajo de tesis intitulado, "ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LAS FORMALIDADES ESENCIALES DE CONTRATOS DE HOSPEDAJE DE PÁGINAS WEB (HOSTING) EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA", realizado por el Bachiller YONI WALDEMAR CURRUCHICH MUCHUCH.

Luego de haber formulado las sugerencias al Bachiller, mismas que fueron tomadas en consideración, realizando los cambios y correcciones que la investigación requirió, para el efecto me permito informar a usted lo siguiente:

**a. Contenido científico y técnico de la tesis:** Considero que el contenido de la investigación constituye un aporte a la sociedad guatemalteca sobre la cual versa, al considerar aspectos que se pueden mejorar para promover la regulación de los contratos Hosting.

**b. Metodología y técnicas de investigación utilizadas:** La estructura formal de la tesis fue desarrollada en una secuencia lógica e ideal para su fácil comprensión, la metodología utilizada fue el analítico, el deductivo, partiendo de generalizaciones universales permitiendo obtener inferencias particulares, el método sintético mediante el cual se relacionaron hechos aislados para poder así formular una teoría unificando diversos elementos, el método inductivo estableciendo enunciados a partir de la experiencia, y el método sintético; mediante el cual se efectuó la observación respectiva a efecto de analizar la información recopilada.

**Bufete Jurídico Profesional**  
**Msc. Paulo Alejandro Mérida Girón**  
**13 calle "A" 11-59 zona 1**  
**Tel: 2230-6705, 5853-9505**



**c. Redacción:** La redacción utilizada reúne las condiciones exigidas en cuanto a su claridad y precisión, de tal forma que sea comprensible al lector y las personas que se interesen sobre los contratos Hosting.

**d. Contribución científica:** El aporte científico que brinda el tema investigado por el sustentante es, el hacer notar la necesidad de regularizar los contratos hosting en la Legislación Guatemalteca.

**e. Conclusiones y recomendaciones:** Las conclusiones y recomendaciones del Bachiller son congruentes con el trabajo de tesis, donde se propone posibles soluciones; constituyéndose una herramienta útil de análisis sobre el cumplimiento del principio libertad de contratación, comercio y trabajo, que garantiza la Constitución Política de la República de Guatemala, cuya finalidad es el evitar arbitrariedades que vulneren la carta magna.

**f. Bibliografía utilizada:** La bibliografía consultada como fuente de información es adecuada para el desarrollo del tema.

En conclusión el contenido del trabajo de tesis se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con los requisitos exigidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, razón por la cual emito **DICTAMEN FAVORABLE**, a efecto de 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 en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Sin otro particular, me suscribo muy cordialmente.

Msc. Paulo Alejandro Mérida Girón  
Abogado y Notario  
Col. 9157

Lic. Paulo Alejandro Mérida Girón  
ABOGADO Y NOTARIO



# USAC

## TRICENTENARIA

Universidad de San Carlos de Guatemala



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.  
Guatemala, 24 de junio de 2014.

Atentamente, pase a el LICENCIADO JOSE ANTONIO CUX LOPEZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis de el estudiante YONI WALDEMAR CURRUCHICH MUCHUCH, intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LAS FORMALIDADES ESENCIALES DE CONTRATOS DE HOSPEDAJE DE PÁGINA WEB (HOSTING) EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título del trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente deberá cumplir con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual establece: "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".

DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA  
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc.Unidad de Tesis  
BAMO/iyr.



**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**

Edificio S-7, Ciudad Universitaria Zona 12 - Guatemala, Guatemala





Bufete Jurídico Profesional  
Lic. José Antonio Cux López  
Abogado y Notario  
Edificio Castañeda Molina, Primer Nivel, Of. 4, Ciudad de Guatemala  
Tel: 41515770

Guatemala 27 de Junio de 2014.

Doctor:

Bonerge Amilcar Mejía Orellana  
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Su Despacho.



Estimado Doctor Mejía Orellana:

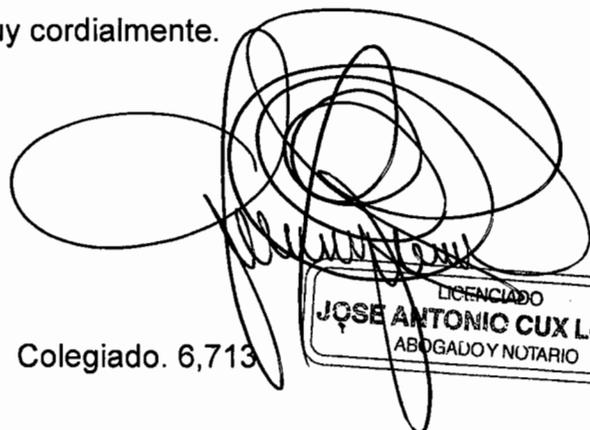
Respetuosamente me permito comunicarle que atendiendo a la resolución emitida por la unidad a su cargo, con fecha veinticuatro de junio del dos mil catorce, he cumplido con la función de revisor de tesis del Bachiller Yoni Waldemar Curruchich Muchuch, cuyo trabajo intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LAS FORMALIDADES ESENCIALES DE CONTRATOS DE HOSPEDAJE DE PÁGINA WEB (HOSTING) EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA".

Luego de haber formulado las sugerencias respectivas al Bachiller, me permito emitir el siguiente dictamen: La redacción de la investigación es clara, adecuada y con el léxico jurídico y técnico correcto; considero además que el trabajo relacionado constituye un aporte de contenido científico y técnico, esto como consecuencia de la importancia que actualmente tienen los contratos de hospedaje de páginas web hosting dentro del ambito jurídico, como consecuencia de ello, la tesis revisada aborda temas de suma trascendencia.



Para el desarrollo del trabajo en mención, se utilizó la metodología y técnicas de investigación científico, analítico, sintético, deductivo e inductivo, tal como se señaló en el plan de investigación que tuve a la vista y la misma fue aprobada por la Unidad de Tesis que usted dignamente dirige; asimismo es oportuno que la bibliografía consultada por el Bachiller en mención fue de autores nacionales e internacionales; también fue consultada legislación internacional derivado del tema que incorporó el estudiante al trabajo de investigación, realizando además consultas electrónicas de manera general, haciendo constar que a mi parecer que las bibliografías utilizadas fueron de forma acertada y actualizada. Por último quiero hacer énfasis que las conclusiones y recomendaciones son congruentes con el contenido de la investigación de mérito, para lograr el objeto que se ha planteado en su plan de investigación, determinando la veracidad de la hipótesis formulada. Por lo antes expuesto, es procedente que el presente trabajo de tesis sea aprobado y por consiguiente pueda ser sometido a su discusión en el examen público de tesis correspondiente. En virtud de lo anterior y habiéndose cumplido con los requisitos establecidos en el artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, me permito emitir en mi calidad de revisor **DICTAMEN FAVORABLE**.

Sin otro particular, me suscribo muy cordialmente.

  
Colegiado. 6,713

LICENCIADO  
**JOSE ANTONIO CUX LOPEZ**  
ABOGADO Y NOTARIO



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 23 de julio de 2014.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante YONI WALDEMAR CURRUCHICH MUCHUCH, titulado ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LAS FORMALIDADES ESENCIALES DE CONTRATOS DE HOSPEDAJE DE PÁGINA WEB (HOSTING) EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/srrs.

*[Handwritten signature]*

*Rosario*



*[Handwritten signature]*





## DEDICATORIA

- A DIOS TQDO PODEROSO:** Por darme la vida, sabiduría e inteligencia para alcanzar el triunfo tan anhelado.
- A MIS QUERIDOS PADRES:** Herculano Curruchich Bal y Vidalia Simón.
- A MIS HERMANOS:** Con cariño.
- A MIS AMIGOS:** Byron Rodríguez, Víctor Maldonado, Bryan Hernández, Mario Ramírez y Clara Solano.
- A MIS PADRINOS:** Por compartir este triunfo.
- A:** La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
- A:** La Universidad de San Carlos de Guatemala.



## ÍNDICE

	<b>Pág.</b>
Introducción.....	i

### CAPÍTULO I

1. Contratos mercantiles.....	1
1.1. Generalidades.....	1
1.2. Validez del negocio jurídico.....	2
1.3. Obligaciones mercantiles.....	3
1.3.1. Concepto. ....	3
1.4. Aspectos básicos de los contratos mercantiles.....	4
1.4.1. Contrato mercantil.....	4
1.4.2. Elementos del contrato mercantil.....	5
1.4.3. Forma del contrato mercantil.....	8
1.4.4. Interpretación de contratos mercantiles.....	12
1.4.5. Principios contractuales en los contratos mercantiles.....	14
1.4.6. Libertad de contratación y sus límites.....	25
1.4.7. Aspectos relativos a la propiedad intelectual.....	26

### CAPÍTULO II

2. Contratos informáticos.....	29
2.1. Concepto de contrato informático.....	29
2.2. Generalidades.....	31
2.3. Clasificación de los contratos informáticos.....	32
2.3.1. Por el objeto.....	32
2.3.2. Por el negocio jurídico.....	32
2.3.3. Contrato complejos.....	34
2.4. Riesgos de la contratación informática.....	35
2.4.1. Protección de datos personales.....	35



	<b>Pág.</b>
2.5.Seguridad en el comercio informático.....	41
2.6.Etapas en la contratación informática.....	41
2.7.El contrato de adhesión.....	44
2.7.1. Ventajas e inconvenientes del contrato de adhesión.....	45
2.7.2. Cláusulas Abusivas.....	48
2.7.3. La nulidad de las cláusulas abusivas.....	51
2.7.4. La distinción entre las condiciones generales y las clausulas abusivas.....	52
2.7.5. Desventajas de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión.....	55

### **CAPÍTULO III**

3. Contrato informático de hospedaje de páginas web hosting.....	59
3.1. Origen.....	59
3.2. Concepto de hosting.....	60
3.3. Contrato de hosting u hospedaje de páginas web.....	61
3.3.1. Cláusulas generales y específicas del contrato hosting.....	63
3.4. Elementos esenciales en el contrato de hosting.....	64
3.5. Características del contrato hosting.....	65
3.6. Clases de hosting.....	66
3.7. Implicaciones jurídicas derivadas del contrato hosting.....	68
3.8. Responsabilidad civil y penal de los proveedores de servicios hosting.....	69

### **CAPÍTULO IV**

4. Contrato mercantil hosting.....	71
4.1. Aspectos jurídicos generales de la contratación del hosting.....	71
4.1.1 Contenido del contrato hosting.....	73



	<b>Pág.</b>
<b>CONCLUSIONES</b> .....	85
<b>RECOMENDACIONES</b> .....	87
<b>ANEXO</b> .....	89
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	113



## INTRODUCCIÓN

El contrato de hosting es un reflejo de la sociedad globalizada en la que se vive actualmente. Dicho contrato tiene un matiz eminentemente comercial, por lo que los contratantes documentan una relación de carácter mercantil, aunque se utilicen supletoriamente las bases de figuras civiles. Por ejemplo el contrato de arrendamiento, en el cual una parte dará el uso o goce de una cosa que en el contrato de hosting corresponde a un servicio informático por cierto tiempo, y la otra parte pagará un precio determinado por dicho uso o goce.

El hosting es una palabra inglesa que significa alojamiento u hospedaje, pero aún entre quienes hablan castellano es más común referirse al hosting que al hospedaje en el entorno de internet. El contrato de hosting, es aquel en virtud del cual una empresa proveedora de servicios de Internet aloja o alberga el web site del cliente o usuario, destinando un espacio en su servidor a cambio de una remuneración. La empresa prestadora del servicio de hosting alquila al cliente el hardware y el software de su propiedad para distintos servicios como alojar, gestionar, mantener y actualizar la página web del cliente por un tiempo determinado y a cambio de un precio.

La naturaleza jurídica el contrato de hosting cuyo objeto es la prestación de servicios informáticos, a falta de regulación legal explícita para los contratos de alojamiento de páginas web en Guatemala, variando especialmente cuando se trata de empresas pequeñas con servidor propio, el cual es un acuerdo totalmente verbal, pero en la práctica, tratándose de empresas organizadas, dedicadas profesionalmente al hosting, se exige para la seguridad jurídica de ambas partes la aceptación de un contrato para proceder a prestar el servicio, el cual según la legislación vigente puede estar contenido en una escritura pública, documento privado o manifestando la aceptación a través de un medio electrónico.

En Guatemala, los contratos informáticos no tienen regulación legal específica, debido a que el tema de la informática comenzó a surgir y tomar importancia en el mundo del Derecho con posterioridad a la emisión tanto del Código Civil como del



Código de Comercio de Guatemala. Es por esa razón que al momento de perfeccionar una relación jurídica de tal naturaleza, los profesionales del derecho tienen que hacer uso o ajustarse necesariamente a figuras análogas de naturaleza mercantil o civil.

En lo particular la presente investigación trata de llenar un abismo teórico existente en Guatemala sobre la problemática, especialmente en la regulación de los contratos atípicos como el contrato hosting evitando así la desigualdad entre los contratante por medio de las formalidades esenciales que debe contener el contrato como los requisitos, elementos, efectos del contrato.

Se presupone que existe una propuesta y una aceptación, que culmina en el acuerdo o perfección del pacto. Se entiende que las partes contratantes tienen certeza de lo pactado y que ello debe cumplirse. Al prestar atención, el contrato hosting por no ser objeto de estudio del derecho mercantil e informático de manera específica siendo un contrato atípico, las formalidades esenciales no se encuentran reguladas, tomando en cuenta las exigencias de seguridad a que se obligan las partes contratantes siendo las característica de dicho contrato. Partiendo de los principios de sencillez, antiformalismo y libertad contractual propios del comercio no se hacen evidentes las formalidades según las características de este contrato atípico, teniendo como finalidad establecer los requisitos que sean conforme a la ley, guardando el derecho de las partes contratantes y facilitando la publicidad del comercio en cuestión.



## CAPÍTULO I

### 1. Contratos mercantiles

#### 1.1. Generalidades

El estudio del derecho mercantil abarca tres grandes temas conforme el Artículo uno del Decreto 2-70 "Aplicabilidad. Comerciante en su actividad profesional, Negocio Jurídico Mercantil y las Cosas Mercantiles se regirán por las disposiciones de este Código en su defecto, por las de Derecho Civil..." Es en este caso se aplica las disposiciones del Código de Comercio y supletoriamente las disposiciones del Código Civil.

El Código de Comercio ni el Código Civil, dan la idea de lo que es el negocio jurídico, por lo que recurro a la doctrina para conceptualizarlo y analizarlo.

"El negocio jurídico es todo acto voluntario y lícito realizado de conformidad con una norma jurídica que tenga por finalidad directa y específica crear, conservar, modificar, transferir o extinguir derechos y obligaciones dentro de la esfera del derecho privado".<sup>1</sup> Considerando que es el concepto más completo y acertado al tema a exponer. El negocio jurídico se perfecciona con el contrato mercantil y los sujetos contractuales, en este caso comerciantes le da el sentido mercantil.

El sistema jurídico mercantil guatemalteco concreta el contenido contractual del negocio jurídico "A los actos que realiza el comerciante o empresario con el designio de servir o realizar la finalidad peculiar de su empresa".<sup>2</sup> Dando el derecho mercantil el sistema de

---

<sup>1</sup> Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Página 350.

<sup>2</sup> Urfa citado por Vásquez Martínez, Edmundo. **Instituciones de derecho mercantil**. Pág. 789.



normas jurídicas que determinan el campo de aplicación; mediante la calificación de mercantiles dada a ciertos actos, que regulan éstos y la profesión de quienes se dedican a celebrarlos.

Negocio jurídico mercantil, “acto en virtud del cual, el comerciante en su actividad profesional regula por sí los intereses propios en las relaciones con otros, y al cual el derecho enlaza los efectos más conformes a la función económico social que caracteriza su tipo”.<sup>3</sup> Siendo el conjunto coordinado de estructuras ideales, pertenecientes al ordenamiento jurídico general y destinado a realizarse principalmente en la actividad de la producción o de la intermediación en el cambio de bienes o servicios destinados al mercado general.

El negocio jurídico puede ser unilateral y plurilateral, entrando en la segunda categoría el contrato y el acto conjunto.

El contrato es la forma típica del negocio jurídico mercantil y la fuente principal de obligaciones, motivo por el que más adelante me refiero a las obligaciones y a los contratos mercantiles.

## **1.2. Validez del negocio jurídico**

El negocio jurídico requiere para su validez como lo regula el Código Civil Decreto Ley 106, Artículo 1252 “...capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito”. Toda declaración de voluntad requiere una forma o medio de exteriorización. La regla general contenida en el Código

---

<sup>3</sup> Langle y Rubio. Citado por Vásquez Martínez. **Ob. Cit.** Pág. 535.



Civil Decreto Ley 106 establece que “Artículo 1256.- Cuando la ley no declare una forma específica para un negocio jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen convenientes”. Conforme al principio de autonomía contractual y el principio de libertad de forma que se rige el derecho mercantil.

### **1.3. Obligaciones mercantiles**

#### **1.3.1 Concepto**

“Es una relación jurídica en virtud de la cual una persona para satisfacer intereses privados, puede exigir de otra una determinada prestación, que en caso de ser incumplida, puede hacerse efectiva sobre el patrimonio de esta”.<sup>4</sup> Se entiende que la relación jurídica entre los interesados es con el fin comercial en el cual una parte solicita el servicio, prestación o producto del otro para satisfacer las necesidades propias del comercio y que lleva aparejada consecuencias jurídicas en el caso de incumplimiento de cualquiera de las partes.

Conforme el artículo 1319 del Código Civil Decreto Ley 106 la obligación es: “...un acto o declaración de voluntad que consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa”.

Esencialmente no existe diferencia entre la obligación civil y la obligación mercantil porque en ambos casos constituye un vínculo jurídico entre acreedor y deudor. Cuando ese vínculo resulte de un acto comercial, puede establecerse la diferencia, pues la obligación tendrá carácter mercantil.

---

<sup>4</sup> Vicente y Gella, Agustín. **Introducción al derecho mercantil comparado**. Pág. 262.



La prestación a que se obliga el deudor puede ser: dar, hacer o no hacer alguna cosa a favor del acreedor.

#### **1.4. Aspectos básicos de los contratos mercantiles**

##### **1.4.1. El contrato mercantil**

Contrato “Es aquella convención jurídica manifestada en forma legal, por virtud de la cual una persona se obliga a favor de otra o varias entre sí, al cumplimiento de una prestación de dar, hacer o no hacer”.<sup>5</sup> Estos son negocios jurídicos por los que una o más partes crean, modifican o extinguen una relación jurídica patrimonial.

Federico Puig Peña, dice que el contrato “Es un acuerdo de voluntades, anteriormente divergentes, por virtud del cual las partes dan vida, modifican o extinguen una relación jurídica de carácter patrimonial”.<sup>6</sup> Siendo un instrumento creador de relaciones entre personas. Concebido como instrumento de realización social de intereses particulares de índole patrimonial, el tema que centra la importancia del contrato es el de su fuerza vinculante.

Como el Código de Comercio Decreto 2-70, no da ninguna noción de lo que es contrato mercantil, recurrimos al Código Civil Decreto Ley 106 que establece en el “Artículo 1517. Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación”. Siempre que su aplicación sea en el ámbito comercial y conforme las disposiciones del Código de Comercio y Código Civil que supletoriamente regula.

---

<sup>5</sup> Sánchez Román, citado por Puig Peña, Federico, **Compendio de derecho civil español**. Pág. 672.

<sup>6</sup> **Ibid.**

#### 1.4.2. Elementos del contrato mercantil

El contrato es la forma típica del negocio jurídico mercantil y la fuente principal de las obligaciones mercantiles, por lo que se hace referencia a los elementos que le dan validez jurídica, conforme el artículo 1251 del Código Civil Decreto Ley 106, el que preceptúa: “El negocio jurídico requiere para su validez: Capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito”. Tales elementos le son aplicables al contrato mercantil, como se ha referido al concepto del negocio jurídico mercantil.

En cuanto a la **capacidad legal del sujeto que declara su voluntad**, el artículo ocho del Código Civil Decreto Ley 106, establece que: “La capacidad para el ejercicio de los derechos se adquiere por la mayoría de edad. Son mayores de edad los que han cumplido dieciocho años. Los menores que han cumplido catorce años son capaces para algunos actos determinados por la ley”. Este es el primer elemento indispensable para la validez del contrato mercantil. El concepto de capacidad es básico en las diferentes ramas del derecho, ya que mediante él se hace referencia a la aptitud que tiene una persona para ser titular de derechos y obligaciones, y en su caso, hacerlos valer por sí mismo o a través de un representante.

Generalmente, la capacidad se divide en dos tipos, de goce y de ejercicio. La primera es la aptitud de las personas para ser titulares de derechos y de obligaciones. En cambio, la capacidad de ejercicio es la aptitud que tienen las personas para hacer valer sus derechos y obligaciones, ya sea por sí mismas, o bien, por conducto de sus representantes.



Para poder celebrar un contrato con plena validez, se deben reunir algunos requisitos, el primero de ellos es que exista capacidad legal en los contratantes. Para ello, se parte del concepto genérico, sin embargo, como precisa el profesor Miguel Ángel Zamora y Valencia, en materia contractual se distingue entre dos tipos de capacidades, la general y la especial por lo que menciona: Se entiende por capacidad general la aptitud para poder intervenir por sí en un contrato y para poder adquirir la titularidad de los derechos que se originen como consecuencia de su otorgamiento, sin requerir que el sujeto tenga una calidad específica de tipo personal o en relación al bien que eventualmente puede constituir el contenido de su prestación de dar.

Por capacidad especial debe entenderse, además de la aptitud para poder intervenir por sí en un contrato y para poder adquirir la titularidad de los derechos que se originen como consecuencia de su otorgamiento, la calidad o una calidad específica de tipo personal o una calidad específica relacionada con el bien como contenido de su prestación de dar.<sup>7</sup> En la mayoría de los contratos sólo se requiere la capacidad general para contratar, por ejemplo, en el contrato de compraventa, mutuo o donación, sin embargo, en algunos contratos es necesario tener, además de la capacidad general, una capacidad especial, por ejemplo, en la celebración del contrato de servicios profesionales, es indispensable que el profesor o profesional tenga una calidad específica, lo cual es precisamente lo que motiva al cliente para contratarlo a él y no a otra persona, es decir, se toman en cuenta sus cualidades para que preste los servicios que se le encomiendan.

---

<sup>7</sup> Zamora y Valencia, Miguel Ángel. **Contratos civiles**. Pág. 38.



En cuanto al **consentimiento que no adolezca de vicio**, para que exista un contrato lo primero que se requiere es el consentimiento por parte de las personas que intervienen en él, ya que precisamente dicho consentimiento es el acuerdo de voluntades de donde surgen los derechos y obligaciones que contraen cada una de las personas que expresan de manera clara su voluntad, para quedar vinculados jurídicamente a través del contrato que están celebrando.

“Es necesario, que el consentimiento se emita de una manera racional y consiente, no estando afectado por ningún vicio que destruya esa cualidad. Estos vicios pueden quedar referidos o a la falta de conciencia –error-, o a la falta de libertad – violencia-”.<sup>8</sup> Cuando un negocio jurídico adolece de algún vicio del consentimiento e incapacidad relativa de las partes o de una de ellas, puede ser anulado como establece el Código Civil Decreto Ley 106 “Artículo 1303. El negocio jurídico es anulable: 1º. Por incapacidad relativa de las partes o de una de ellas; y 2º. Por vicios del consentimiento”. A ello se agrega lo indispensable que sea regido por el principio de libertad de contratación y autonomía de voluntad de los interesados.

El consentimiento o manifestación de voluntad puede ser expreso o tácito, como lo establece el Artículo 1252 del Código Civil: “La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita y resultar también de la presunción de la ley...” para ello se estará a lo siguiente:

I. Será expreso cuando la voluntad se manifiesta verbalmente, por escrito, por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, o por signos inequívocos, y

---

<sup>8</sup> Puig, Federico. **Ob. Cit.** Pág. 432.



II. El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente.

Convengo en destacar que ahora la voluntad se manifiesta por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, equivale a una forma expresa de externar la voluntad. Consecuentemente, la contratación electrónica no solamente está permitida, sino que se considera su manifestación como una forma clara y determinante para expresar la voluntad de los contratantes, quienes naturalmente quedarán ligados jurídicamente y deberán cumplir con los compromisos que hayan adquirido

**El objeto del contrato**, funciona como elemento esencial, ya que no es posible concebir un contrato sin una referencia material sobre la que coinciden las declaraciones de voluntad emitidas por las partes. Este objeto en última instancia, es una cosa del mundo exterior o la actividad de una persona, y ha de reunir siempre como condiciones indispensables, las de ser determinado, posible y lícito.

#### **1.4.3. Forma del contrato mercantil**

El Código Civil Decreto Ley 106 establece: “Artículo 1256.- Cuando la ley no declare una forma específica para un negocio jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente”; y regula que: “Artículo 1574.- Toda persona puede contratar y obligarse: 1º. Por escritura pública; 2º. Por documento privado o por acta levantada ante el alcalde del lugar, 3º. Por correspondencia; y 4º. Verbalmente”. En Guatemala, los contratos informáticos no tienen regulación legal específica, debido a que el tema de la informática comenzó a surgir y tomar importancia en el mundo del derecho con



posterioridad a la emisión tanto del Código Civil como del Código de Comercio. Es por esa razón que al momento de perfeccionar una relación jurídica de tal naturaleza, los profesionales del derecho tienen que hacer uso o ajustarse necesariamente a figuras análogas de naturaleza mercantil o civil, tales como la compraventa o el arrendamiento de servicios, tomando como base legal el artículo 1256 del Código Civil, que lleva inmerso la teoría de la libre contratación, asimismo el artículo 671 del Código de Comercio Decreto 2-70 establece “Los contratos de comercio no están sujetos para su validez, a formalidades especiales. Cualesquiera que sean la forma y el idioma que se celebren, las partes quedarán obligadas de la manera y en los términos que aparezca que quisieron obligarse...”

Los contratos informáticos en la mayoría de casos pertenecen a una naturaleza contractual atípica mercantil, pero sin dejar de prever que excepcionalmente pueden ajustarse a una naturaleza civil, laboral, y administrativa, la normativa jurídica en la cual puede regir la forma en la que se elaborarán los contratos informáticos, ajustándose a las normas contenidas en el Código de Comercio Decreto 2-70, e integrando supletoriamente las normas contenidas en el Código Civil Decreto Ley 106 en el Artículo 1574, es evidente que se cuenta con cierta libertad para elegir la mejor forma de contratación o aquella que más se adapte o ajuste a las circunstancias que lo motivan, siempre y cuando la naturaleza del contrato lo permita, ya que también estipula el Código Civil Decreto Ley 106 ciertos parámetros que restringen dicha norma; entre estos el Artículo 1575 de dicha ley, que establece: “El contrato cuyo valor exceda de trescientos quetzales, debe constar por escrito. Si el contrato fuere mercantil puede hacerse verbalmente si no pasa de mil quetzales”.



Como establece el Código Civil en el Artículo 1577 “Deberán constar en escritura pública los contratos calificados como solemnes, sin cuyo requisito esencial no tendrán validez”. En forma de aclaración no se podría encuadrar el contrato hosting como solemne ya que por ser un contrato eminentemente mercantil no se regiría por sus características de informalidad, por lo tanto dicho contrato queda por fuera de la inscripción o anotación siempre de acuerdo con el tráfico comercial.

Joaquín Garrigues al referirse a la forma de los contratos mercantiles dice que “La forma es el modo de presentarse el negocio frente a los demás en la vida de relación, su forma externa. En este sentido todos los contratos serían formales, porque todos necesitarían una cierta forma, oral o escrita, para darse a conocer en la vida de relación, su forma externa. La distinción entre contrato formal y no formal se funda más bien en la posición que adopta la ley respecto a la autonomía de las partes en cuanto a la elección de una forma. Cuando la ley niega esa autonomía e impone al contrato una determinada forma, se dice que el contrato es formal. Cuando por el contrario, deja a los interesados en libertad respecto de la forma, se dice que el contrato no es formal. De aquí que la distinción de que se trata se convierta en la de contratos con forma libre y contratos con forma impuesta”.<sup>9</sup> De esta manera el Código de Comercio Decreto 2-70, establece en cuanto a la forma de los contratos, lo siguiente: “Artículo 671.- Los contratos de comercio no están sujetos, para su validez, a formalidades especiales. Cualquiera que sean la forma y el idioma en que se celebren, las partes quedaran obligadas de y la manera en los términos que aparezca que quisieron obligarse. Los contratos celebrados en territorio guatemalteco y que hayan de surtir efectos en el

---

<sup>9</sup> Garrigues, Joaquín. **Curso de derecho mercantil**. Pág. 20.



mismo, se extenderán en el idioma español. Se exceptúan de esta disposición los contratos que, de acuerdo con la ley, requieran formas o solemnidades especiales”.

Vinculados a esa disposición jurídica, que en términos generales deja a la autonomía de las partes, la elección de la forma del contrato, los Artículos 672 y 673 del mismo Código de Comercio, establecen que los contratos puedan costar en formularios, como lo establece el Artículo 672: “Contratos mediante formularios. Los contratos celebrados en formularios destinados a disciplinar de manera uniforme determinadas relaciones contractuales, se regirán por las siguientes reglas: 1º. Se interpretaran, en caso de duda, en el sentido menos favorable para quien haya preparado el formulario. 2º. Cualquier renuncia de derecho sólo será válida si parece subrayada o en caracteres mas grandes o diferentes que los del resto del contrato. 3º. Las cláusulas adicionales prevalecerán sobre las del formulario, aún cuando éstas no hayan sido dejadas sin efecto”. Esto viene a fortalecer el carácter mercantil del contrato Hosting, siendo esta otra modalidad por la que podría ser presentado el negocio jurídico, además se puede mencionar que se puede obligar mediante pólizas, facturas, orden, pedido como lo establece el “Artículo 673. Contratos mediante pólizas. En los contratos cuyo medio de prueba consista en una póliza, factura, orden, pedido o cualquier otro documento similar suscrito por una de las partes...” Para lo cual se menciona a manera de darle otra alternativa a la contratación del servicio hosting.

#### **1.4.5. Interpretación de contratos mercantiles**

Los contratos deben ser interpretados para conocer su alcance, precisar si se celebraron conforme lo dispone la ley y determinar sus efectos, asimismo, para saber cuáles son las obligaciones y los derechos de las partes y en su caso, si puede darse por terminado de manera anticipada y cómo se haría.

En términos generales se entiende que interpretar es explicar el significado, sea de un texto, una norma, o en este caso de un contrato.

La interpretación implica también desentrañar el sentido, intención, contenido y alcance de una declaración de voluntad.

El profesor Miguel Ángel Zamora y Valencia considera que, interpretar un contrato significa:

“A. La comprensión del medio (tiempo y lugar de su celebración) en que se celebró; de las palabras empleadas usadas en su momento y de los bienes que hayan sido su objeto. Este estudio hace referencia a las circunstancias en que se originó el contrato.

B. Desentrañar la voluntad de las partes en la celebración del contrato.

C. Precisar el alcance y límites de las cláusulas contractuales. Esto es, determinar cuáles son los derechos y obligaciones emanados del contrato o transmitidos por él.

D. Indagar si el contrato se ajusta a la ley y a los principios generales del derecho.” En consecuencia, son varios los aspectos que deben tomarse en cuenta al interpretar un contrato, ya que se busca conocer la voluntad de las partes en la celebración del



contrato, es decir, no basta con precisar su contenido y alcance, sino también la intención de los contratantes”.<sup>10</sup>

En efecto, para lograr una interpretación integral del contrato es necesario tomar en cuenta todas sus cláusulas, además, deben suplirse las omisiones con aquellas normas que se refieran a la naturaleza del contrato, su objeto principal y sus requisitos esenciales. Asimismo, debe procurarse que se beneficie a todas las partes involucradas y no sólo a una de ellas.

El Artículo 669 del Código de Comercio Decreto 2-70 establece que: “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”. Al preceptuar las honorables intenciones y deseos de los contratantes presume que la relación contractual está basada en que se desea obligarse a cambio de un bien o servicio, con la seguridad de no actuar contrario a lo pactado.

Por otra parte, el Artículo 1593 del Código Civil Decreto Ley 106 establece que: “Cuando los términos o conceptos del contrato son claros y no dejan lugar a duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras fueren diferentes o contrarias a la intención evidente de los contratantes prevalecerá esta sobre aquellas”. Aún al ser explícito puede surgir dudas sobre la interpretación favorable o desfavorable a los contratantes, a lo que refiere el artículo

---

<sup>10</sup> Zamora, Miguel Ángel. **Ob. Cit.** Pág. 340.



anterior el de apegarse a su sentido literal o las evidentes intenciones de los contratantes.

Respecto a la interpretación de los contratos mercantiles, nos dice Joaquín Garrigues: “Los contratos se interpretarán según los términos en que fueron hechos y redactados. Luego para poder ejecutar un contrato hay que interpretarlo”.<sup>11</sup> Según el citado autor la aplicación del principio de buena fe como norma de interpretación y ejecución del contrato, supone lo siguiente: a) Se debe atender en primer lugar a los términos en que el contrato fue hecho y redactado; b) la prohibición de tergiversar el sentido recto, propio y usual de las palabras; y c) restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubiesen explicado su voluntad.

Cuando se concluye un contrato, que ata y liga a las partes presupone la existencia de una propuesta u oferta y una aceptación, que culmina en el acuerdo o perfección del pacto. Es decir, que las partes tienen certeza de lo pactado y que ello debe cumplirse.

Sin embargo existen contratos mediante formularios o pólizas, elaborados por una de las partes contratantes, en lo que podría surgir duda en la interpretación del contenido, pero en este caso los contratos interpretaran en sentido menos favorable para quien haya preparado el formulario o póliza.

#### **1.4.5. Principios contractuales en los contratos mercantiles**

Estos principios constituyen el complemento del intérprete y sirven para interpretar las normas de carácter dudoso. Interpretarse teniendo en cuenta los lineamientos **de los**

---

<sup>11</sup> Garrigues, Joaquín. **Curso de derecho... Ob. Cit.**



**principios**, los cuales iluminan de esta suerte todos los ordenamientos jurídicos tanto nacionales como internacionales. La aplicación de los principios contractuales en los contratos mercantiles, los individuos buscan a través de esas declaraciones de voluntad negociar, la satisfacción de sus propios intereses jurídicos. La voluntad privada crea derecho entre las partes, es fuente de derecho por sí misma. El contrato es una ley para las partes o "pacta sunt servanda" (lo pactado obliga). Límites de la autonomía de la voluntad. Si bien la autonomía de la voluntad privada faculta a las partes para que decidan si contratan o no, dicha declaración tiene límites que deben seguir los lineamientos de las buenas costumbres y del orden público. En primera instancia, cuando se habla de buenas costumbres se hace referencia a modelos de conducta que dependerán de lo que signifique dicho término en nuestra sociedad. Siendo necesario que ésta decisión de contratar no contrarié el ordenamiento jurídico.

**a. Principio de consensualidad**

No solo está presente en los contratos civiles, también se encuentra extensamente aplicado a los contratos mercantiles puesto es un lineamiento general de todos los contratos. En efecto, como afirma Catalina Gaviria Ruano en su libro Consensualidad en el Contrato de Seguro: la consensualidad es la simple manifestación inequívoca de la intención de contratar efectuada por una de las partes cuando es concordada por la otra parte, genera el consentimiento y de él, nace el contrato. Se puede decir que es el inicio a lo que se le puede llamar la negociación para luego formalizarlo como prefieran las partes sin contrariar la ley.



## **b. Principio de la autonomía de la voluntad privada**

Toda persona es libre de contratar o no. Se conoce como el principio de la libertad contractual. En la práctica este principio no es absoluto porque muchas actividades como las de las empresas de servicios públicos, actividad aseguradora y la bancaria no dejan mucho espacio para decidir si se contrata o no. Si se desea acceder a uno de estos servicios esenciales para la vida cotidiana, es necesario celebrar los contratos predeterminados por ellas.

Se considera el negocio jurídico como un acuerdo de voluntades, por lo cual prima en el contrato la voluntad sobre su forma o aspecto normativo.

Los individuos buscan a través de esas declaraciones de voluntad negociable, la satisfacción de sus propios intereses jurídicos.

## **c. Límites de la autonomía de la voluntad**

Si bien la autonomía de la voluntad privada faculta a las partes para que decidan si contratan o no, dicha declaración tiene límites que deben seguir los lineamientos de las buenas costumbres y del orden público. En primera instancia, cuando se habla de buenas costumbres se hace referencia a modelos de conducta que dependerán de lo que signifique dicho término en esa sociedad. Es necesario que esta decisión de contratar no contrarié el ordenamiento jurídico.

## **d. Principio de la economicidad**

Sin duda alguna, los contratos de orden mercantil como los civiles tienen implícito el carácter económico en las relaciones contractuales entre las partes. Cabe señalar que



en los contratos mercantiles la onerosidad es una característica común, inseparable de su naturaleza jurídica pues convergen los patrimonios de ambas partes. Si bien el costo y el dinero se encuentra en la contra prestación, también puede que se utilice como sanción de la omisión de una obligación o una multa por efectuar la prohibición en una obligación de no hacer. En síntesis, todas las relaciones que se derivan de ellos tienen una connotación patrimonial.

#### **e. Principio de buena fe**

Este planteamiento ético ha avanzado de la mano con la evolución de la humanidad y de las diferentes culturas que lo toman para sí. Pero en general, este concepto se refiere a un criterio creador, integrador y hermenéutico. A la hora de aplicar sus disposiciones a el ámbito jurídico, este ha sido de gran importancia ya que más que regular normas básicas de conducta entre los contratantes, logra sintetizar la intención del mismo contrato al promover la lealtad o lo pactado comprendiendo el cumplimiento de las obligaciones.

En primer lugar, en la etapa preparatoria y de formación del contrato los contratantes han de ser sinceros comentando las expectativas, ventajas y desventajas del contrato. Posteriormente, en la etapa de ejecución del contrato, la buena fe se constituye con el cumplimiento de las obligaciones, del contenido del contrato y de las prestaciones. De ahí que la interpretación del concepto sea extensa puesto que se sumerge en las funciones y naturaleza del contrato celebrado. Por último, en la etapa post-contractual subsisten para las partes una serie de deberes de buen obrar, como es el caso de su concurrencia o competencia, el de secreto, reserva o confidencialidad.



#### **f. Principio de la confianza**

En palabras de Antonio Bohórquez Orduz en su libro De los negocios jurídicos en el derecho privado: el principio de la confianza bien puede decirse que se deriva del de la buena fe, pues permite deducir que las partes han obrado de manera honrada y que ninguno de los dos puede aprovecharse de un error del otro, cuando tal error es manifiesto debido a su anormalidad. Por ejemplo en los vicios de la declaración de voluntad el error da como resultado una nulidad relativa en algunos casos según el Artículo 1304 del Decreto Ley 106 que regula: “Los negocios que adolecen de nulidad relativa pueden revalidarse confirmándolos expresamente o dando cumplimiento a la obligación, a sabiendas del vicio que los hace anulables”. De manera al momento de solicitarse la nulidad que el juez tendrá que actuar con cautela al determinar la nulidad puesto que depende de muchos factores.

#### **g. Principio de la carga**

Según Enrique Noguera Aaron en su obra De los contratos, principios y nociones civiles y comerciales, quienes celebran un contrato debe hacer las cargas de exigencias positivas que brinden validez al negocio jurídico, determinando condiciones, y configurando obligaciones básicas, todo ello para evitar negligencia con sus propios intereses. Por consiguiente dichas cargas están categorizadas. En primer lugar, las cargas de legalidad consisten en que los contratantes deben garantizar la validez de su contrato procurando incluir en él las figuras jurídicas ya determinadas, o sea, es menester de ellos informarse y evitar que la ignorancia del mismo haga que su contrato no tenga efectos.



En segundo lugar están las cargas para determinar los efectos, para la cual la información también es vital pero a diferencia de la anterior, no se hace referencia a los requisitos sino a las consecuencias de la celebración el contrato donde ambas partes han de conocer los efectos que se producirán a posteriori y no podrán contrariarles puesto que se supone que al celebrar dicha convención ya eran conscientes de las obligaciones que aplicaba. Así las cosas, el sujeto contractual deberá obrar con sagacidad, claridad y conocimiento.

Ahora, la sagacidad involucra conducta cautelosa al momento de afirmar condiciones con la contra parte. Por ejemplo, en muchos contratos se utilizan cláusulas que garanticen el cumplimiento de la prestación, la entrega de la cosa o el pago de la misma. Sumemos a esta categoría la claridad que ha de tener la terminología utilizada para redactar el contrato, esta debe ser en lo posible lenguaje técnico que precise la verdadera voluntad de las partes y que no de lugar a confusiones de su interpretación. Sin embargo, el defecto de disposición podría hacer ineficaz el contrato ya que el lenguaje abstruso genera controversias y sanciones a quienes redactaron el contrato. Finalmente se añade el saber acerca de la actividad humana en que se este inmerso junto con el conocimiento de los términos presentes en el negocio para no pecar por ignorancia. **Efectos de la cláusula *rebus sic stantibus*** o teoría de la imprevisión como establece el Artículo 688 de Código de Comercio Decreto 2-70 el deudor puede demandar la terminación del contrato, en los de tracto sucesivo o ejecución diferida, si sobrevienen hechos extraordinarios e imprevisibles que hagan oneroso el cumplimiento de la prestación.



La imprevisión no funciona en los contratos aleatorios ni conmutativos, si la onerosidad que sobreviene es riesgo normal del contrato

#### **h. Principio de preservación**

Podemos encontrar este principio con diferentes nombres, por ejemplo principio de conservación o salvación o saneamiento. Este principio nace de la necesidad de disminuir la ineficacia de los negocios jurídicos. Así lo demuestra el legislador, además, el interés es general ya que es necesario que sean cumplidas las cargas en los contratos de desconocerse la carga implicaría para la economía del país una avalancha de negocios ineficaces. En otras palabras, la normatividad más que aniquilar los contratos, tienen por necesarios de los vicios utilizando diferentes mecanismos. Sin embargo, si dichos instrumentos de salvación no logran su fin, no habrá redención del contrato.

#### **i. Principio del equilibrio patrimonial**

Como todos los planteamientos jurídicos, el equilibrio patrimonial radica de la igualdad y protección a la libertad de industria, comercio y trabajo como lo regula la Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 43 que establece: “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”. Así se menciona en la Gaceta No. 50, página No. 290, expediente No. 444-98, sentencia del 10 noviembre 1998 “... El comercio, entendido como la actividad lucrativa que ejerce cualquier persona física o jurídica, sea en forma individual o colectiva, intermediando directa o indirectamente productores consumidores, con el objeto de facilitar y promover la circulación de la



riqueza, se encuentra especialmente reconocido y protegido por el artículo 43 de la Constitución Política de la República, el cual preceptúa que el mismo puede ejercerse libremente, salvo –reza la norma- las limitaciones que por motivos sociales o de interés nacional impongan las leyes. Como puede apreciarse, este precepto formula una reserva en lo relativo a que solo mediante leyes – dictadas por el Congreso de la República puede restringirse la actividad del comercio...”. La única limitación para ejercer el comercio sin especificar es el interés social, por ello mediante este principio es de protección a rango constitucional.

#### **j. Principio de libertad de forma**

El principio de la libertad de forma está estrechamente relacionado con el principio de la consensualidad. Los sujetos en las relaciones mercantiles pueden expresar su voluntad, bien de manera verbal, bien por escrito, y obligarse en estos términos, a no ser que la ley exija una formalidad “ad solemnitatem” para el perfeccionamiento del acto o contrato o para su prueba “ad probationem”.

Al elegir la forma o figura jurídica del contrato, esta debe concordar con la intención del verdadero negocio jurídico que desean hacer los contratantes. Tal es el caso que dichas formalidades solemnizan a la convención y en el caso que faltare alguna o algunas en el negocio jurídico no nace a la vida jurídica puesto que no se ha estructurado, aún no se ha constituido.



### **k. Principio del efecto vinculante y pacta sunt servanda**

Como bien se ha señalado a lo largo, el negocio jurídico es vinculante esto se traduce en que el contrato es ley para las partes. Ese principio se puede aplicar no solo a los contratos sino en general a todos los negocios jurídicos; es decir, el celebrante queda atado a lo dispuesto por él mismo en el negocio jurídico, le obliga y puede verse, en un momento determinado, como sujeto pasivo de un cobro coercitivo, pues, por regla general, es posible acudir a los mecanismos que la ley establece para obligarlo a cumplir. Pero no solo frente a las partes puede el contrato tener fuerzas vinculantes. También es posible que la tenga contra terceros, caso en el cual se dice que el contrato les es oponible.

### **l. Principio de solidaridad**

Cuando respecto a una obligación existen varios deudores, la misma es conjunta y excepcionalmente solidaria. Se ha defendido que las obligaciones de mora debieran ser solidarias. Como lo regula el Código de Comercio en el Artículo 674 no habrá solidaridad cuando esta se pacte expresamente, de lo contrario se presume, a menos que la imponga la ley. De manera que todo contratante en materia mercantil asume la carga de solidarizarse con todas las prestaciones derivadas del contrato, siguiendo las reglas de las obligaciones solidarias establecidas.

### **m. Principio de la simultaneidad**

Bohórquez reitera que en lo general las partes pactan el momento en el cual cada una de ellas debe ejecutar las prestaciones derivadas de sus contratos. En ese orden de ideas, para cada obligación se suele indicar el día y la hora en que ha de cumplirse.



Pero cuando las partes dejan en silencio tal tópico, el derecho, pero en especial la ley, debe suplir el vacío que existe entre los contratantes. Sin embargo, las reglas legales no son siempre lo explícitas que esperamos sean y, es posible, que también en ellas se guarde silencio sobre el punto.

Debe entenderse que las partes desean cumplir sus obligaciones de manera simultánea, por lo general, de tal suerte que al momento en que uno de los dos cubra la suya, el otro también hace lo propio. Este principio es aplicable a todos los contratos, incluido el de promesa, e implica que las partes están obligadas a satisfacer las prestaciones derivadas del contrato de manera simultánea, salvo que la ley o el convenio indiquen otra cosa.

#### **n. Principio de seriedad contractual**

Este principio resguarda el sentido de darle un orden lógico al contrato, de esta manera menciono que debe excluirse las cláusulas que en lugar de aclarar el contenido del contrato perjudica al contradecirse. Por ello los contratantes deben de abstenerse de incluir obligaciones que al momento de interpretarlo puede que tergiversarse la intención y deseo de los contratantes.

#### **o. Principio de la relatividad contractual o res inter alios acta**

Para Pérez García "...Sólo los contratantes están ligados por el contrato; sólo respecto de ellos tiene el contrato fuerza obligatoria; y solo a ellos perjudican y aprovechan sus efectos. Esto importa decir que el contrato no daña ni beneficia a los que han figurado en el cómo partes contratantes, porque el contrato no es para ellos una ley con fuerza



obligatoria (...) en efecto, una regla de toda evidencia que en el Derecho Romano constituía un axioma: *res inter alios acta*. Este axioma, en palabras de Pothier implica que "(...) una convención no tiene efecto sino respecto de las cosas que han sido objeto de la convención y solamente entre las partes contratantes".

#### **p. Principio de abuso del derecho**

El abuso del derecho es uno de los principios más importantes en materia de contratos y obligaciones. Su desarrollo ha sido primordialmente doctrinal y jurisprudencial. La evolución de esta teoría se puede resumir que se presenta cuando el titular del derecho lo ejercita con el único propósito de causar daño a otro. Posteriormente la que sostiene que ocurre cuando el titular del derecho desvía la finalidad normal del mismo, económica o social, y por último los que sostienen que simplemente es una contradicción de derechos. Y en general se dice que ha oscilado entre el criterio subjetivo o psicológico y el objeto o económico social. El abuso de poder da lugar a vicios de declaración de voluntad haciendo ineficaz el consentimiento prestado por medio de intimidación o violencia, siendo anulable el negocio jurídico no pudiendo pedirla el que causó el vicio como regula el artículo 1257 y 1265 del Decreto Ley 106.

#### **q. Principio del enriquecimiento sin causa**

El código civil y el código mercantil no consagran expresamente el enriquecimiento sin causa como fuente de obligación, sin embargo, varias de sus disposiciones se refieren en una u otra forma a la situación de resultar un patrimonio enriquecido a costa de otro empobrecido y a los efectos que de allí pueden derivarse.

Derivado de las formalidades que se establecieron para la celebración de un contrato informático y tomando en cuenta que la materia de los mismos es casi siempre mercantil, es importante tener presente los principios filosóficos que rigen el derecho mercantil guatemalteco, los cuales se encuentran establecidos en el Código de Comercio Artículos 1 y 669, siendo los siguientes: **La buena fe:** Que constituye un estándar de conducta arreglada a los imperativos éticos exigibles con la conciencia social imperante. **La verdad sabida:** Se refiere éste principio a la palabra dada por las partes, que se considera como verdad sabida. **Toda prestación se presume onerosa:** Ya que debido al mismo carácter del Derecho Mercantil en que es el interés de lucro el que motiva a los comerciantes a realizar los actos comerciales, por lo que se presume que ninguna prestación se realiza en forma gratuita. **Intereses de lucro:** Que se refiere a la motivación de los comerciantes para ejercer el comercio, es decir perseguir una ganancia siempre. **Ante la duda deben favorecerse las soluciones que hagan más segura la circulación.**

#### **1.4.6. Libertad de contratación y sus límites**

“El principio de la autonomía de la voluntad preside todo el desarrollo de la vida contractual, concediendo a los individuos un amplio margen de actuación. Este margen afecta tanto a las personas posibilitándolas para obligarse o dejar de hacerlo, como a las cosas, permitiendo la contracción de vínculos sobre prestaciones más variadas, excepto aquellas que el orden público prohíba”.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> Puig Peña, Federico. **Compendió de derecho civil español.** Pág. 415.



Ese principio de la autonomía de la voluntad, propio del derecho civil, es aplicable a los negocios jurídicos mercantiles y como nos dice Joaquín Garrigues en su libro Curso de derecho mercantil: La libertad contractual es uno de los principios sobre los que se ha constituido el sistema de derecho privado. Pero las exigencias de seguridad del tráfico, en unas ocasiones, u otras razones de interés público o privado, impidieron desde el primer instante que dicha libertad contractual pudiera mantenerse en toda su pureza, imponiendo a veces ciertas formalidades y limitando en otras ocasiones la autonomía de la voluntad en la contratación mercantil, pero también establece limitaciones cuando los convenios son contrarios a la ley. Como estipula el Código de Comercio en el Artículo 681: Libertad de contratación a nadie se le puede obligar a contratar sino cuando rehusarse a ello signifique un acto ilícito o abuso de derecho.

#### **1.4.7. Aspectos relativos a la propiedad intelectual**

El contrato de desarrollo hace surgir una obra protegida por el derecho de autor, como lo es la página web. “Este derecho de autor comprende unos derechos morales que quedan en cabeza de las personas naturales que hayan realizado cuestiones jurídicas en torno a los contratos de desarrollo y licencia de software la creación intelectual del mismo, y unos derechos patrimoniales que nacen para dichos autores pero que pueden ser transferidos a terceros, pudiendo quedar en manos del cliente o encargante –sic- o bien de la empresa desarrolladora, según lo acuerden en el respectivo contrato”.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> Monroy Rodríguez, Juan Carlos. **Revista la Propiedad Inmaterial**. Pág. 103.



La titularidad de los derechos patrimoniales de autor significa, para quien la detenta, la posibilidad de disponer de la explotación económica de la obra y de beneficiarse por la misma. Si es el inventor quien la asume podrá, por ejemplo, comercializar con otros clientes el software desarrollado, realizar adaptaciones o nuevas versiones del mismo, y reflejar esos derechos como un activo intangible en su patrimonio. Si las partes optan porque los derechos patrimoniales de autor sean transferidos en beneficio del cliente, la titularidad de estos derechos exclusivos le permitirá a este último, por ejemplo, realizar por sí mismo las posteriores modificaciones al software, impedir que otras empresas competidoras accedan al uso del programa, consolidar ventajas competitivas, generar nuevas oportunidades de negocio así como generar valor para el activo de la empresa, entre otros beneficios.

Lo anterior deja ver la importancia de definir claramente en el contrato a cuál de las dos partes habrá de corresponder la titularidad de los derechos patrimoniales de autor. Esta habrá de ser una de las materias objeto de negociación. Es posible que el cliente imponga su poder de negociación obligando a que los derechos se le transfieran, pero es claro el inventor propondrá el precio del contrato variándose sustancialmente si dentro del mismo se incluye la transferencia de los derechos patrimoniales de autor.





## CAPÍTULO II

### 2. Contratos informáticos

#### 2.1. Concepto de contrato informático

Se cita la siguiente definición 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."<sup>14</sup>

No caben dudas de que los contratos celebrados por medios informáticos son formalmente válidos, puesto que el Código Civil ha establecido como regla, la libertad de formas. Por lo tanto, el uso de los denominados soportes informáticos como los: registros magnéticos, ópticos, electrónicos, fotosensibles o autenticados bajo técnicas de encriptación, las que son objeto de análisis infra, debe ser aceptado como una forma válida para la celebración de los contratos. Como hace mención el Doctor Hugo Daniel Carrion sobre la definición que menciona el profesor Davara Rodríguez el contrato informático como: "aquél cuyo objeto sea un bien o un servicio informático -o ambos- o que una de las prestaciones de las partes tenga por objeto ese bien o servicio informático".

En esta categoría de contratos, las partes manifiestan o expresan su consentimiento en forma digital, salvo que la ley exija una determinada forma para éstos, en cuyo caso el contrato no podrá celebrarse por medios informáticos pues se correrá el riesgo de que

---

<sup>14</sup> Davara, Miguel Ángel. **Derecho informático**. Pág. 15.



sea nulo, si la forma contractual es solemne absoluta, o de no poder probarlo, si la forma es ad probationem.

La formación de este contrato consensual no difiere de la formación de los contratos en general; esto, requiere de una oferta y una aceptación, que serán manifestaciones de voluntad expresadas por medios digitales entre personas que están comunicadas a través de sistemas informáticos interconectados. La manifestación se realiza mediante un simple "clic" del mouse.

Este contrato podrá ser juzgado como celebrado entre ausentes o presentes según las circunstancias del caso.

Así, si el negocio se concreta por operaciones on line, comunicación interactiva o simultánea, se entenderá que es un contrato entre presentes pues la aceptación es inmediatamente conocida; en cambio, será entre ausentes si la aceptación no es emitida on line o requiere de una confirmación por el oferente posterior enviada por otro medio, sea fax, teléfono o correo electrónico.

Esta contratación a través de medios informáticos ha dado lugar a lo que se llama el negocio virtual que consiste en "la producción, distribución, comercialización, venta o entrega de bienes y servicios por medios electrónicos."<sup>15</sup> Por ello es que se expone en esta investigación la utilidad de dicha forma de contratación para la obtención del hosting y el alcance jurídico del que está investido.

---

<sup>15</sup> <http://derecho.blogcindario.com/2005/12/00008-contratos-informaticos.html>, (Guatemala, 26 de febrero de 2014)



## **2.2. 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. Según el Decreto 47-2008 establece en su tercer considerando: “ Que la promoción del comercio electrónico en todos sus aspectos requiere de una legislación cuyo fundamento sea, entre otros, la facilitación del comercio electrónico en el interior y mas allá de las fronteras nacionales, la validación, fomento y estímulo de las operaciones efectuadas por medio de las nuevas tecnologías de la información sobre la base de la autonomía de la voluntad y el apoyo a las nuevas prácticas comerciales, tomando en cuenta en todo momento la neutralidad tecnológica”.

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.

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, arrendamiento de páginas web, etcétera

### **2.3. Clasificación de los contratos informáticos**

#### **2.3.1. Por el objeto**

**a) Contrato de hardware** es la parte física del sistema informático;

**b) Contrato de software** debiendo diferenciarse si se trata de un software de base o sistema o si se trata de un software de utilidad o de aplicación para el usuario;

**c) Contrato de instalación llave en mano** aquí se incluyen tanto el hardware como el software, así como determinados servicios de mantenimiento y de formación del usuario;

**d) Contrato de servicios auxiliares** como el mantenimiento de equipos o la formación de personas que van a utilizar la aplicación.

#### **2.3.2. Por el negocio jurídico**

**a) De venta el vendedor** se obliga a entregar una cosa determinada, un bien informático y la otra parte a pagar un precio cierto, incluyéndose también a los servicios en esta categoría;



**b) De alquiler o el arrendamiento** sobre los bienes informáticos es un arrendamiento tipo de los regulados en el Código Civil, caracterizado porque el suministrador se obliga a dar al usuario el goce o uso del bien durante un tiempo determinado y por un precio cierto;

**c) De mantenimiento** puede ser tanto de equipos como de programas o inclusive, mantenimiento integral en el que se puede incluir un servicio de formación, asesoramiento y consulta;

**d) De prestación de servicios** se incluye análisis, especificaciones, horas máquina, tiempo compartido, programas, etcétera;

**e) De ejecución de obra;**

**f) De préstamo** caracterizado porque una parte entrega a otra el bien informático para que lo use durante un tiempo determinado y lo devuelva una vez cumplido ese tiempo;

**g) De comodato** consistente en un tipo de contrato de préstamo en el que el suministrador transfiere el uso del bien informático prestado;

**h) De depósito** se constituye desde que una persona recibe una cosa ajena con la obligación de guardarla y restituirla, siendo un contrato gratuito, salvo pacto en contrario;

**i) Licencia de uso** es el contrato en virtud del cual el titular de los derechos de explotación de un programa de ordenador autoriza a otro a utilizar el programa conservando el cedente la propiedad del mismo;



**j) Adaptación de un software** producto se trata de la contratación de una licencia de uso de un producto standar que habrá que adaptar a las necesidades del usuario;

**k) "Escrow" o garantía de acceso al código fuente** son aquellos que tienen por objeto garantizar al usuario el acceso a un programa fuente en el caso de que desaparezca la empresa titular de los derechos de propiedad intelectual;

**l) Contrato de distribución de información** consiste en la comercialización de la base de datos, durante un cierto periodo de tiempo a cambio de un precio, lo que origina la obligación por parte del titular de la base de aportar los datos que deben hacerse accesibles a los futuros usuarios, en una forma adecuada para su tratamiento por el equipo informático del distribuidor, y ceder a este último, en exclusiva o compartidos con otros distribuidores, los derechos de explotación.

**m) Contrato de suministro** mediante este contrato el usuario puede acceder a las bases de datos del distribuidor;

**n) Contrato de información** el titular de una base de datos vende a otro una copia de esta con la posibilidad que el adquirente, a su vez, pueda no solo usarla sino mezclarla con otras propias para su posterior comercialización.

### **2.3.3. Contratos complejos**

Aquellos que contemplan los sistemas informáticos en su integridad. Modalidades de esta especie:

**a) Contrato parcial y global de servicios informáticos** es la subcontratación de todo o de parte del trabajo informático mediante un contrato con una empresa externa que



se integra en la estrategia de la empresa y busca diseñar una solución a los problemas existentes, donde también se incluyen los auditores informáticos.

**b) Contrato de respaldo o "back up"** la finalidad es asegurar el mantenimiento de la actividad empresarial en el caso que circunstancias previstas pero inevitables impidan que siga funcionando el sistema informático poniendo a disposición de la empresa, dentro de los límites del contrato, los medios informáticos para que pueda continuar el proceso;

En términos generales los contratos más comunes son las compras de programas informáticos o software, hardware, fonogramas comerciales, música, libros, acciones, servicios de post-venta y turismo.

## **2.4. Riesgos de la contratación informática**

### **2.4.1. Protección de datos personales**

Los principales riesgos que se presentan se vinculan con la falta de seguridad que puede existir, la que se origina en las demoras o faltas de envío de la mercadería contratada, la inalterabilidad de los contenidos de la oferta, contraoferta y aceptaciones que se pueden modificar si son interceptadas, la falta de identidad de los contratantes y su eventual incapacidad. La Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas regula en el cuarto considerando: "... debe dársele seguridad jurídica y técnica a las contrataciones, comunicaciones y firmantes electrónicas mediante el señalamiento de la equivalencia funcional a éstas últimas con respecto a los documentos en papel y las firmas manuscritas".



En este contexto la firma y los certificados digitales y/o electrónicos resultan herramientas de inestimable valor desde el momento en que los contratos se realizan on-line, es decir sin la presencia física de las partes y frente a la utilización perversa de las nuevas tecnologías, aparición de los denominados delitos informáticos, que atentan contra la información como bien jurídico de naturaleza colectiva o macro-social.

En definitiva, la firma digital y electrónica se presentan como un instrumento de seguridad y confidencialidad de las actividades que se producen en el curso de la interacción humana en todos sus ámbitos y que dependen de los sistemas informáticos como: el transporte, comercio, sistema financiero, gestión gubernamental, arte, ciencia, relaciones laborales, tecnología, etcétera.

#### **- Firma electrónica**

El Decreto numero 47-2008 en el Artículo dos establece la definición de firma electrónica como: "Los datos en forma electrónica consignados en una comunicación electrónica, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo que puedan ser utilizados para identificar al firmante con relación a la comunicación electrónica e indicar que el firmante aprueba la información recogida en la comunicación electrónica". Esta utilizada en actos exclusivamente entre sujetos privados y que no afecten derechos de terceros y demás mecanismos que demuestre la autenticidad de las comunicaciones electrónicas.

#### **- Firma manuscrita**



Actualmente, la firma manuscrita permite certificar el reconocimiento, la conformidad o el acuerdo de voluntades sobre un documento por parte de cada firmante, aspecto de gran importancia desde un punto de vista legal. La firma manuscrita tiene un reconocimiento particularmente alto pese a que pueda ser falsificada, ya que tiene peculiaridades que la hacen fácil de realizar, de comprobar y de vincular a quién la realiza. Para intentar conseguir los mismos efectos que la firma manuscrita se requiere el uso de la criptología y el empleo de algoritmos matemáticos.

### **- Criptología**

La firma digital consiste en la utilización de un método de encriptación llamado asimétrico o de clave pública. Este método consiste en establecer un par de claves asociadas a un sujeto, una pública, conocida por todos los sujetos intervinientes en el sector, y otra privada, sólo conocida por el sujeto en cuestión. De esta forma cuando se desea establecer una comunicación segura con otra parte basta con encriptar el mensaje con la clave pública del sujeto para que a su recepción sólo el sujeto que posee la clave privada pueda leerlo. La criptología se define como aquella ciencia que estudia la ocultación, disimulación o cifrado de la información, así como el diseño de sistemas que realicen dichas funciones. Abarca por tanto a la criptografía, datos, texto e imágenes, la criptofonía por medio de la voz y el criptoanálisis, ciencia que estudia los pasos y operaciones orientados a transformar un criptograma en el texto claro original pero sin conocer inicialmente el sistema de cifrado utilizado y/o la clave. Cifrar por tanto consiste en transformar una información en texto claro, en otra ininteligible siendo el texto cifrado o cripto según un procedimiento y usando una clave determinada,



pretendiendo que sólo quien conozca dicho procedimiento y clave pueda acceder a la información original. La operación inversa se llamará lógicamente descifrar.

#### **- Entidades de certificación**

Para brindar confianza a la clave pública surgen las autoridades de certificación, que son aquellas entidades que merecen la confianza de otros actores en un escenario de seguridad donde no existe confianza directa entre las partes involucradas en una cierta transacción. Establece el Decreto número 47-2008 en el Artículo 33: "... La firma electrónica o la firma electrónica avanzada, la cual podrá estar certificada por una entidad prestadora de servicios de certificación, que haya sido producida por un dispositivo seguro de creación de firmas, tendrá el mismo valor jurídico que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel y será admisible como prueba en juicio en las normas procesales".

Es por tanto necesaria, una infraestructura de clave pública para cerrar el círculo de confianza, proporcionando una asociación fehaciente del conocimiento de la clave pública a una entidad jurídica, lo que le permite la verificación del mensaje y su imputación a una determinada persona.

En síntesis, la misión fundamental de los certificados es permitir la comprobación de que la clave pública de un usuario, cuyo conocimiento es imprescindible para autenticar su firma electrónica, pertenece realmente a ese usuario, ya que así lo hace constar en el certificado una autoridad que da fe de ello. Representan además una forma conveniente de hacer llegar la clave pública a otros usuarios que deseen verificar sus firmas. Normalmente, cuando se envía un documento firmado digitalmente, éste



siempre se acompaña del certificado del signatario, con el fin de que el destinatario pueda verificar la firma electrónica adjunta.

### - Firma digital

En consecuencia, la firma digital es un bloque de caracteres que acompaña a un documento o fichero, acreditando quién es su autor autenticación y que no ha existido ninguna manipulación posterior de los datos. Para firmar un documento digital, su autor utiliza su propia clave secreta, sistema criptográfico asimétrico, a la que sólo él tiene acceso, lo que impide que pueda después negar su autoría. De esta forma, el autor queda vinculado al documento de la firma. Por último la validez de dicha firma podrá ser comprobada por cualquier persona que disponga de la clave pública del autor.

### - Aplicaciones y beneficios de la firma electrónica

La firma electrónica proporciona un amplio abanico de servicios de seguridad:

- a. **Autenticación:** permite identificar unívocamente al signatario, al verificar la identidad del firmante, bien como signatario de documentos en transacciones telemáticas, bien para garantizar el acceso a servicios distribuidos en red. En este último caso, la utilización de firmas digitales para acceder a servicios de red o autenticarse ante servidores web evita ataques comunes de captación de contraseñas mediante el uso de analizadores de protocolos "sniffers" o la ejecución de reventadores de contraseñas.
- b. **Imposibilidad de suplantación:** el hecho de que la firma haya sido creada por el signatario mediante medios que mantiene bajo su propio control su clave privada



protegida, por ejemplo, por una contraseña, control biométrico, una tarjeta inteligente, etcétera asegura, además, la imposibilidad de su suplantación por otro individuo.

- c. **Integridad:** permite que sea detectada cualquier modificación por pequeña que sea de los datos firmados, proporcionando así una garantía ante alteraciones fortuitas o deliberadas durante el transporte, almacenamiento o manipulación telemática del documento o datos firmados.
- d. **No repudio:** ofrece seguridad inquebrantable de que el autor del documento no puede retractarse en el futuro de las opiniones o acciones consignadas en él ni de haberlo enviado. La firma electrónica adjunta a los datos, debido a la imposibilidad de ser falsificada, testimonia que él, y solamente él, pudo haberlo firmado.
- e. **Auditable:** permite identificar y rastrear las operaciones llevadas a cabo por el usuario dentro de un sistema informático cuyo acceso se realiza mediante la presentación de certificados, especialmente cuando se incorpora el estampillado de tiempo, que añade de forma totalmente fiable la fecha y hora a las acciones realizadas por el usuario.
- f. **El acuerdo de claves secretas:** garantiza la confidencialidad de la información intercambiada entre las partes, esté firmada o no.

La información contenida en las firmas digitales es completamente segura y fiable, no siendo posible ningún tipo de falsificación o fraude en su verificación.



## **2.5. Seguridad en el comercio informático**

### **2.5.1. Marcos regulatorios en el comercio informático**

No es posible eludir que la mayoría de los casos los contratos informáticos tienen por objeto la adquisición de cosas muebles o de servicios para el consumo final o beneficio del propio adquirente o empresa. En otras palabras, el adquirente de la cosa o servicio es un verdadero consumidor, que, en consecuencia, está amparado por la ley para el reconocimiento de las comunicaciones y firmas electrónicas la que establece en el Artículo 51: "Prevalencia de las leyes de protección al consumidor. La presente Ley se aplicará sin perjuicio de las normas vigentes en materia de protección al consumidor. Las entidades o empresas involucradas en el comercio electrónico deben respetar los intereses de los consumidores y actuar de acuerdo a prácticas equitativas en el ejercicio de sus actividades empresariales, publicitarias y no deben realizar ninguna declaración, incurrir en alguna omisión, o comprometerse en alguna práctica que resulte falsa, engañosa, fraudulenta o desleal".

### **2.6. Etapas en la contratación informática**

La etapa precontractual es aquella en la que se desarrollan las decisiones previas, cuando deben definirse las necesidades del usuario y se exige un deber de asesoramiento o consejo al futuro proveedor y una obligación de información al futuro usuario. Es un momento de particular importancia para documentar cómo se construyó el acuerdo de voluntades, y de acumular elementos para acreditar estas circunstancias



en caso de conflicto posterior. Cuando se produce el acuerdo de voluntades, a diferencia de otros contratos, pueden distinguirse en esta fase la entrega física de los equipos, la instalación y puesta en marcha, el test de aceptación, y la aceptación o recepción provisoria, como lo establece en el Artículo 51 del Decreto 47-2008 “Las empresas no deben aprovecharse de las características especiales del comercio electrónico para ocultar su verdadera identidad o ubicación, o para evadir el cumplimiento de las normas de protección al consumidor o los mecanismos de aplicación de dicha norma”.

Superado el test de aceptación, comienza la ejecución propiamente dicha, en la que puede o no existir un período de garantía, para que suceda la recepción definitiva, y donde se ponen en juego las garantías específicas de estos contratos. Se señala como aspectos sustanciales de los contratos informáticos el concepto de sistema como principio fundamental interpretativo de la voluntad de las partes, el deber de consejo e información a cargo del proveedor y su contraparte, el deber de información que pesa sobre el usuario, encuentra su límite en la obligación de asesoramiento y consejo que corresponde al proveedor que asume en esta etapa precontractual un papel protagónico, el deber de informar adecuadamente sus necesidades por parte del usuario. Previamente el usuario tiene el deber de estudiar y analizar sus necesidades, con diligencia, sólo él está en condiciones de establecer el contenido del requerimiento efectuado al proveedor, que debe partir de un adecuado y claro conocimiento de sus necesidades, como aplicación del principio de buena fe contractual, y funcione el test de aceptación, precedente a la aceptación o declaración



que es recibido. También se presentan particularidades en las garantías exigibles en el cumplimiento de la prestación.

En la materia objeto del presente trabajo, es la diferencia en lo referente a conocimientos técnicos y práctica negociable. Es esta circunstancia la que motiva que los deberes de información y consejo puestos en cabeza del proveedor de bienes y servicios informáticos se transformen en pieza clave para mantener el equilibrio entre los contratantes. Si bien no es un deber exclusivo de la contratación informática, en este ámbito se acrecienta, por las razones que hemos expuesto. En realidad, constituye un derivado natural del deber de comportarse de buena fe en las diversas fases del iter contractual, comenzando por las decisiones previas.

Al lado de la información objetivo, el consejo o asesoramiento presenta un carácter iniciativo. El elaborador debe orientar de forma positiva la elección de su co-contratante, debe ayudarlo a expresar sus necesidades e interpretarlas, así como sugerir la solución apropiada. No se cumple correctamente esta misión cuando se aconseja, por ejemplo, un equipamiento insuficiente o a la inversa muy sobredimensionado e inútilmente costoso.

Esta obligación de informar y aconsejar al cliente, aun a falta de disposiciones normativas explícitas, se puede sustentar en principios generales de las obligaciones contractuales. Además de las normas de defensa del consumidor que establece el principio denominado indubio pro consumidor, que permite corregir los abusos derivados de la desigualdad de las partes



Asimismo, además de la normativa supra aludida, resulta de vital importancia, a los efectos de dotar de seguridad a las transacciones comerciales por medios informáticos, la aplicación de los distintos instrumentos tecnológicos como la firma digital, certificados digitales, tecnología SSL, SET, entre otras.<sup>16</sup>

## **2.7. El contrato de adhesión**

Si se analiza la relación jurídica obligacional que surge de la prestación del servicio entre la empresa titular del sitio web y el usuario, estaríamos claramente ante un contrato por adhesión.

Los contratos de adhesión son contratos confeccionados por los proveedores en forma estandarizada, reproducidos en serie y de contenido general para cualquier consumidor y usuario, por lo que quién se adhiere con su firma debe aceptar todas las cláusulas, ya que, en general no puede negociar individualmente su modificación.

Muchas veces estos contratos se instrumentan mediante firma de solicitudes, minutas, contratos formularios, tickets, en los cuales el consumidor no discute su contenido ni realiza ninguna negociación en cuanto a lo establecido en cada una de sus cláusulas.

El Artículo 1520 del Código Civil establece: “Contratos de Adhesión: Los contratos de adhesión, en que las condiciones que regulan el servicio que se ofrece al público son establecidas sólo por el oferente, quedan perfectos cuando la persona que usa el servicio acepta las condiciones impuestas”.

---

<sup>16</sup> **Ibid.**, (Guatemala, 26 de febrero de 2014).



El Artículo 672 del Código de Comercio establece: “Contratos mediante formularios. Los contratos celebrados en formularios destinados a disciplinar de manera uniforme determinadas relaciones contractuales, se regirán por las siguientes reglas: 1º. Se interpretarán, en caso de duda, en el sentido menos favorable para quien haya preparado el formulario...”

La Ley de Protección al Consumidor y Usuario, en su. Artículo 03 literal d), define el contrato de adhesión, como aquel “cuyas condiciones son establecidas unilateralmente por el proveedor, sin que el consumidor o el usuario pueda discutir o modificar su contenido en el momento de contratar. En el mismo sentido preceptúa el primer párrafo del artículo 47 de la misma ley, y en su segundo párrafo, establece seis cláusulas o estipulaciones consideradas abusivas...”.

A manera de complementar la autonomía de la voluntad del contrato de adhesión es como afirma el tratadista López y López, el significado esencial del contrato consiste en ser “un acto de autonomía es decir un acto de autorregulación de los intereses particulares”, es decir autonomía privada contractual es igual a auto legislación o auto disciplina de los propios intereses, por lo cual el contrato perfeccionado a través del consentimiento otorgado por los contratantes, constituye **ley entre las partes**, plasmándose en el mismo las intenciones de los participantes.

### **2.7.1. Ventajas e inconvenientes del contrato de adhesión**

El contrato por adhesión se separa del concepto tradicional de contrato que requiere de un acuerdo de voluntades. El principal problema que plantean estos contratos es el relativo a la validez del consentimiento. En el Derecho civil y mercantil tradicional, el



consentimiento contractual se entendía como el resultado de una relación bilateral equilibrada entre dos o más personas, las cuales llegaban a un entendimiento que se reflejaba en las cláusulas del contrato.

Esta relación equilibrada se rompe con la aparición del contrato por adhesión. La entidad que vende el bien o presta el servicio ofrece el mismo a través de un contrato masivo e innegociable, y el consumidor debe elegir entre aceptar el bien con todas sus cláusulas o no hacerlo, lo que supone una debilidad del sustrato contractual. Esto provoca dos dudas muy importantes acerca del consentimiento:

- En algunos casos en los que lo que se contrata es un servicio esencial (agua, combustibles, etc.) el consumidor no tiene capacidad de negarse a firmar las condiciones, dado que no tiene otra opción para conseguir el producto esencial (y más en el caso de monopolio). Esto provoca la duda de si existe verdaderamente un consentimiento en ese caso.
- En otros casos, el consumidor elige comprar el producto o servicio, pero es muy poco habitual que realmente entre a valorar las cláusulas del contrato que está firmando. En muchas ocasiones las cláusulas se encuentran redactadas de forma oscura, y en otras ni siquiera están a su disposición en el momento de la firma. Por último, muchos consumidores omiten su lectura a sabiendas de que no cabe negociación.

Esto ha planteado muchos problemas jurídicos, que en general se han ido encarrilando a través de distintas soluciones:



En general se entiende que el contrato por adhesión es válido. Cualquier otra opción provocaría la paralización del mercado, y sería imposible el tráfico económico actual sin este tipo de contratos, favoreciendo la simplicidad, la rapidez y el tráfico económico general. Sin embargo, se reconoce la especial debilidad del consumidor, ya que la parte oferente impone su fórmula contractual lo que puede llevar a situaciones de abuso generándose una reacción jurídica para evitar de forma cautelar la incorporación de cláusulas abusivas y desconocidas por el adherente.

Las vías a través de las cuales se da protección al consumidor son mediante la prohibición de las cláusulas abusivas, que son nulas de pleno Derecho, y a través de la vigilancia por las instituciones públicas de la actuación de las empresas.

En algunos casos, la comercialización de productos esenciales se regulan directamente por el estado mediante normas imperativas, de forma que el estado suplanta el consentimiento de las partes y lo sustituye por una relación jurídica regulada previamente de forma equilibrada. El intervencionismo puede tener distintos grados, y puede abarcar la casi totalidad de la relación contractual.<sup>17</sup>

Entre sus ventajas podemos destacar:

a) La delimitación detallada y minuciosa de las prestaciones asumidas por las partes, lo que elimina las incertidumbres y ofrece mayor seguridad en la interpretación y ejecución del contrato;

---

<sup>17</sup> [http://es.wikipedia.org/wiki/Contrato\\_de\\_adhesi%C3%B3n](http://es.wikipedia.org/wiki/Contrato_de_adhesi%C3%B3n). (Guatemala, 27 de marzo de 2014).



b) La simplificación del proceso de formación y conclusión de los contratos, favoreciendo la rapidez de los negocios, mediante la predisposición de formularios o condiciones generales;

c) La uniformidad del contenido jurídico de las relaciones contractuales de las empresas, permitiendo la diversificación y descentralización de la concertación de negocios; y

d) La igualdad en las condiciones para todos los eventuales contratantes.

Entre los inconvenientes, deben citarse:

a) La imposibilidad de modificar las cláusulas predispuestas, debiéndose limitar el contratante a la aceptación o modificación;

b) La desigualdad económica subyacente de las partes, que fortalece la posición contractual del predisponente, quien es económicamente más fuerte, ejerce una actividad monopolizada y cuenta con mayor experiencia jurídica y técnica, lo cual, en definitiva favorece la inserción de cláusulas vejatorias en detrimento de la otra parte;

c) La celeridad de estos contratos contribuyen a la inclusión de cláusulas equívocas, oscuras o redactadas maliciosamente, que determinan a la postre, toda clase de abusos y fraudes.<sup>18</sup>

### **2.7.2. Cláusulas abusivas**

---

<sup>18</sup> [http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04\\_5831.pdf](http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_5831.pdf). (Guatemala, 27 de marzo de 2014).



Una **cláusula abusiva**, también conocida como **cláusula leonina**, es toda cláusula contractual no negociada individualmente, predispuesta, cuya incorporación viene impuesta por una sola de las partes. Que va en contra del principio de buena fe, causa un grave desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor. La ley las considera nulas de pleno derecho pero no implica la nulidad del contrato.

Establece el Artículo 1600 del Código Civil: Las cláusulas oscuras, ambiguas o contradictorias de un contrato, insertas en modelos o formularios preparados de antemano, por uno de los contratantes, se interpretarán a favor del otro contratante.

El Artículo 672 del Código de Comercio establece: Contratos mediante formularios: Los contratos celebrados en formularios destinados a disciplinar de manera uniforme determinadas relaciones contractuales, se regirán por las siguientes reglas: "1º. Se interpretarán, en caso de duda, en el sentido menos favorable para quien haya preparado el formulario. 2º. Cualquier renuncia de derecho sólo será válida si aparece subrayada o en caracteres más grandes o diferentes que los del resto del contrato. 3º. Las cláusulas adicionales prevalecerán sobre las del formulario, aún cuando éstas no hayan sido dejadas sin efecto".

En el fondo, pretenden reedificar el contrato desde valoraciones éticas e igualitarias, en la búsqueda de un justo equilibrio de las prestaciones como forma de tutelar al contratante más desamparado.

El contrato se reduce a mera imposición y pierde libertad e igualdad ahora y siempre, si las estipulaciones son oscuras, ambiguas, mal redactadas unilateralmente



beneficiosas para el predisponente, expropiatorias de los derechos del adherente, desnivelan el principio de reciprocidad de intereses.

El filósofo Kant, plantea en una página memorable de su Introducción a la Metafísica de las Costumbres la esencia del principio moderno de la “reciprocidad y el justo equilibrio”, entre los derechos y obligaciones de las partes, como caracterización de la cláusula abusivas. La igualdad innata se manifiesta también en el derecho a no ser vinculado por otros o más de aquello a lo que uno puede también vincularlos recíprocamente”.<sup>19</sup>

Las cláusulas abusivas son las que limitan la responsabilidad del proveedor por daños que importan una renuncia o restricción de los derechos del consumidor, y las que imponen la inversión de la carga probatoria ante un hecho de incumplimiento; así como las que amplían los derechos de una parte en disminución de la otra, como por ejemplo, si la entidad que presta el hosting puede rescindir el contrato libremente y el consumidor o usuario tiene limitaciones para hacerlo o tiene un costo para ello. En síntesis son abusivas cuando las cláusulas presenten un claro desequilibrio en perjuicio del consumidor.

La doctrina suele comenzar estudio de las cláusulas abusivas afirmando que el derecho legal dispositivo en materia contractual suministra un modelo de conducta que tiene en cuenta adecuadamente los intereses en conflicto, de modo que cualquier desviación respecto al mismo requiere una especial justificación a riesgo de considerar desigual la ordenación establecida.

---

<sup>19</sup> Rezzónico, Juan Carlos. **Contratos con cláusulas predispuestas**. Pág. 245.



### **2.7.3. La nulidad de las cláusulas abusivas**

Las condiciones generales que no quedan incorporadas por falta de conocimiento completo del adherente, o por su ambigüedad u oscuridad revelan que la autonomía privada no ha existido o ha quedado notablemente reducida, por lo que una de las partes no formó su autorregulación de intereses en el clima de libre decisión consustancial al contrato. En el ámbito de los contratos celebrados por consumidores y usuarios las listas de cláusulas abusivas por in concreción, oscuridad o lesión de la buena fe contractual vinculación del consumidor a la voluntad exclusiva del profesional, ausencia de equilibrio entre las prestaciones y de reciprocidad de intereses, etc., muestran una defectuosa configuración de la autonomía privada y el propósito del legislador de restablecer la igualdad y la libertad de las partes contratantes a la hora de consentir.

De acuerdo a algunos ordenamientos europeos, las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrá por no puestas. El legislador establece la llamada nulidad parcial del contrato con condiciones generales abusivas. Si se declara la nulidad de una o varias cláusulas, se mantiene en principio, la eficacia de las restantes.

Novedad importante de la regulación de las condiciones generales en el Derecho Comparado, es que la nulidad de las cláusulas abusivas puede ser reclamada por el contratante perjudicado por ellas y por asociaciones de consumidores y, en este último caso, tales asociaciones actúan en defensa de un interés concreto de alguno de sus asociados como si lo hacen en defensa del interés general.



La regla de nulidad parcial y, por consiguiente, de la conservación de la validez del contrato, comporta la necesidad de verificar una integración de éste, en la que evidentemente no juegan las cláusulas declaradas nulas. Para ello, la regla debe ser la integración del contrato con las disposiciones legales, siempre que éstas existan, por tratarse de un contrato típico. Si no existe un derecho legal dispositivo y el contrato es atípico, habrá que aplicar las reglas que resulten de lo que diremos más adelante.

Para determinar qué parte del contrato ha de considerarse nulo, el juez ha de atender al concepto de cláusula en el sentido material, es decir, un contenido de regulación "autosuficiente" que incluye un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. Esto significa que no cabe declarar nula una cláusula solo parcialmente.

#### **2.7.4. La distinción entre las condiciones generales y las cláusulas abusivas**

Una cuestión compleja es la que se refiere a cómo distinguir las nociones de condiciones generales y de cláusulas abusivas. Si partimos de la propia literalidad de dichos términos, parece bastante claro que se trate de fenómenos contractuales distintos. De una parte, el relativo a las condiciones generales, cuyo empleo por los empresarios se justifica por la necesidad de racionalizar la actividad contractual que aquellos protagonizan en el desempeño de su actividad. En éste sentido, hay que dejar claro que las condiciones generales no surgieron en el tráfico jurídico como una creación caprichosa de sus autores, sino sólo cuando existían ciertas circunstancias económicas que las hicieron imprescindibles. Circunstancias que deben ponerse necesariamente en conexión con el fenómeno de la Revolución Industrial origen indiscutible, desde el punto de vista histórico, de la aparición de las condiciones



generales. La evolución de la economía moderna hace tiempo que ha generalizado su uso, de manera que difícilmente hoy podríamos sustraernos, al menos en muchos casos, a esta forma de contratación. Esto no implica, sin embargo que su empleo masivo por parte de los operadores económicos haya sido uniforme en todos los ámbitos ni tampoco en todos los países, pues ello depende del grado de concentración de las actividades productivas y de distribución. En cualquier caso, actualmente las condiciones generales constituyen una institución autónoma dentro del derecho de obligaciones con su propia dinámica y régimen jurídico. El campo propio de las mismas puede referirse tanto a las relaciones entre empresarios y consumidores como a las que se establezcan solamente entre empresarios o profesionales.

Por otra parte el término cláusulas abusivas, de innegable raigambre francés, puede referirse a cualquier contenido contractual, sin que tenga que identificarse necesariamente con las condiciones generales. Dichas condiciones no siempre son abusivas, aunque pueden serlo, pero es que esto también puede ocurrir con las establecidas en un contrato individual negociado entre las partes, por consiguiente, el carácter abusivo de una cláusula contractual se refiere a su contenido y no a su propia naturaleza. Se opta por controlar únicamente las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales de hosting y consumidores porque defender la tesis de que deben ser contra todas las cláusulas abusivas que se inserten en los contratos implicaría socavar el principio de la libertad contractual, que constituye uno de los pilares básicos del derecho privado.

La exposición de motivos de la Ley Española de Condiciones Generales de la Contratación indica que: "Se pretende distinguir lo que son cláusulas abusivas de lo que



son condiciones generales de la contratación. Una cláusula es condición general cuando está dispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no necesariamente tiene que ser abusiva. Cláusula Abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares”.

Conviene precisar, que a pesar de las diferencias enumeradas entre ambos fenómenos jurídicos, como señala Duran Rivacoba, “la separación sin embargo, se difumina en la práctica y, en su lógica correspondencia, las respuestas jurídicas a su despliegue influyen. Así como las acciones y el sistema procesal varían en cada hipótesis, y el también los destinatarios de su tutela, por lo que se refiere a su sanción específica no existen, por el contrario, notorias discrepancias”.<sup>20</sup>

Las cláusulas abusivas resultan proscritas del ordenamiento mediante la medida ordinaria de la ineficacia por razones materiales; y serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se aprecie el carácter abusivo. La invalidez, evidentemente, sólo afectará sobre la concreta condición abusiva. Ello es consecuencia del principio general de Derecho significado en *inutile per. inutile non vitiatur*, secuela del axioma de defensa del deudor que aquí encarna el proconsumitore, como parte más débil de la relación jurídica entablada.

---

<sup>20</sup> Durán Rivacoba. **Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas**. pág. 120



Constituye un nuevo episodio de la regla establecida para otros supuestos análogos en las normas comunes del Código Civil.

De lo expuesto, no puede identificarse una cláusula abusiva con una condición general del contrato. En principio una condición general del contrato, aún cuando se encuentra incluida en un contrato de adhesión, no necesariamente provocará un desequilibrio en los derechos y obligaciones de los sujetos, por lo que puede mantener una equidad en la relación jurídica. En otras palabras puede ser favorable o al menos no afectar, los intereses legítimos del adherente.

Por otra parte, esa condición general puede no evidenciar una injusticia en el trato con el adherente, confiriéndole igualmente derechos como los que tiene el predisponente. La cláusula abusiva por el contrario si atenta contra la buena fe, la justicia y desequilibra la relación contractual, llegando incluso a lo jurídicamente irrazonable. De igual manera, la cláusula abusiva no es propia de un contrato de adhesión, pudiendo encontrarse en otro tipo de contratos donde “aparentemente” existe una discusión o negociación de las cláusulas contractuales.

#### **2.7.5. Desventajas de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión**

Una de las mayores desventajas que acarrea un contrato de adhesión es que existe la posibilidad de que en el mismo se puedan incluir cláusulas que permitan que se abuse y defraude al consumidor o usuario. Esas cláusulas reciben el nombre de cláusulas abusivas, vejatorias, opresivas, leoninas o gravosas.



Es de advertir que el enfoque de ésta investigación se centra esencialmente en el análisis de esas cláusulas abusivas vinculadas al contrato de adhesión y conforme a la Ley de Protección al Consumidor y Usuario, dado que también existe la posibilidad que ese tipo de cláusulas se presenten en negocios jurídicos celebrados en forma individual o particular entre los sujetos contratantes.

Hecha esa salvedad, es necesario tratar de precisas en qué consiste una cláusula abusiva, vejatoria, opresiva, leonina o gravosa, aún cuando no sean términos que con exactitud identifiquen el mismo objeto. Para ellos es preciso tener en consideración que en los contratos de adhesión existen condiciones generales que benefician a la persona que los ha elaborado, el predisponente, frente al adherente cuyo derecho se limita a aceptarlas o rechazarlas. Esa situación, sin embargo, no implica necesariamente que se perjudique el interés del adherente, pero si puede provocar que en un momento dado el predisponente redacte una cláusula que produzca un serio desequilibrio en el contrato.

Para poder concebir entonces lo que es un cláusula abusiva o vejatoria, el autor Ghersi indica que la misma: "provoca un desequilibrio en los derechos y obligaciones recíprocas, desquiciando injustificadamente el sinalagma, alterando, el principio de equivalencia funcional de las prestaciones".<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> Ghersi, Carlos Alberto, **Ob. Cit.**, Pág. 363. 48



Pretender establecer una identificación exacta y detallada de las cláusulas abusivas puede resultar imposible. Sin embargo, si es ilustrativo el que el autor Eduardo Antonio Barbier señala como las más frecuentes en los contratos de adhesión, siendo esas:

- a). Las que limitan o exoneran la responsabilidad del predisponente (dispensa del dolo, culpa, grave o culpa, limitaciones del derecho al resarcimiento integral, negativa al reembolso de lo pagado, transferencia de responsabilidad a terceros, etc.)
- b). Las que trasladan los riesgos al consumidor (asunción del caso fortuito o fuerza mayor o “pacto de garantía”, irresponsabilidad del proveedor por evicción o vicios redhibitorios, renunciadas a invocar la teoría de la imprevisión, etc.)
- c). Las que restringen la facultad del adherente de oponer determinadas excepciones (renuncia a la excepción de incumplimiento, de pago parcial, etc.)
- d). Las que invierten la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.
- e). Las que consagran facultades rescisorias unilaterales a favor del predisponente o le permiten suspender la ejecución del contrato encausadamente o en forma intempestiva.
- f). Las que prorrogan la competencia territorial de la autoridad judicial en perjuicio del adherente, o bien la derogan o contienen estipulaciones compromisorias.
- g). Las que sancionan caducidades en perjuicio del consumidor.
- h). Las que autorizan al predisponente a la modificación unilateral del contenido del contrato.
- i). Las que designan como representante al predisponente.



j). Las que imponen al consumidor obligaciones accesorias ajenas a la economía del negocio.

k). Las que acotan la libertad del adherente de contratar a terceros



## CAPÍTULO III

### 3. Contrato informático de hospedaje de páginas web hosting

#### 3.1. Origen

El hosting es una palabra inglesa que significa **alojamiento u hospedaje**, pero aún entre quienes hablan castellano es más común referirse al hosting que al hospedaje en el entorno de internet.

El contrato de hosting, es aquel en virtud del cual una empresa proveedora de servicios de internet aloja o alberga el web site del cliente o usuario, destinando un espacio en su servidor a cambio de una remuneración. La empresa prestadora del servicio de hosting alquila al cliente el hardware y el software de su propiedad para distintos servicios como alojar, gestionar, mantener y actualizar la página web del cliente por un tiempo determinado y a cambio de un precio.

El contrato de hosting u hospedaje de páginas web, es un acuerdo de voluntades con obligaciones bilaterales de dar, hacer y no hacer, cuyas condiciones que regulan el servicio por lo general son establecidas por el proveedor, mediante el cual una parte provee a la otra un espacio en su servidor, para que ésta albergue su página web a cambio de una remuneración. Es un contrato que incorpora un servicio de almacenamiento, acceso y mantenimiento de los archivos que integran un sitio web.

En lo particular la presente tesis trata de llenar un abismo teórico existente en Guatemala sobre la problemática, especialmente en la regulación de los contratos atípicos como el contrato hosting evitando así la desigualdad entre los contratantes por



medio de las formalidades esenciales que debe contener el contrato como los requisitos, elementos, efectos del contrato, etcétera.

### 3.2. Concepto de hosting

“Hosting”, **alojamiento o también conocido como “hospedaje web”, “alojamiento web”, “web site hosting”, “web hosting o webhosting”**, es un negocio que consiste en alojar, servir, y mantener archivos para uno o más sitios web. Más importante que el espacio del ordenador que se proporciona para los archivos del sitio web es la conexión rápida a internet.

El **alojamiento web** en inglés “*web hosting*” es el servicio que provee a los usuarios de internet un sistema para poder almacenar información, imágenes, vídeo, o cualquier contenido accesible vía web. Es una analogía de hospedaje o alojamiento en hoteles o habitaciones donde uno ocupa un lugar específico, en este caso la analogía alojamiento web o alojamiento de páginas web, se refiere al lugar que ocupa una página web, sitio web, sistema, correo electrónico, archivos etcétera en internet o más específicamente en un servidor que por lo general hospeda varias aplicaciones o páginas web.

Las compañías que proporcionan espacio de un servidor a sus clientes se suelen denominar con el término en inglés web host.

El hospedaje web aunque no es necesariamente un servicio, se ha convertido en un lucrativo negocio para las compañías de internet alrededor del mundo.



Se puede definir como "un lugar para tu página web o correos electrónicos", aunque esta definición simplifica de manera conceptual el hecho de que el alojamiento web es en realidad espacio en internet para prácticamente cualquier tipo de información, sea archivos, sistemas, correos electrónicos, videos etc".<sup>22</sup>

### **3.3. Contrato de hosting u hospedaje de páginas web**

El hosting es un contrato en el que las partes involucradas adquieren derechos y obligaciones. En muchas ocasiones, especialmente cuando se trata de empresas pequeñas con servidor propio dedicadas a otra actividad, el hosting es un acuerdo verbal. Pero tratándose de empresas organizadas, dedicadas profesionalmente al hosting, se exige la aceptación de un contrato para proceder a prestar el servicio. Este contrato suele ser un contrato de adhesión, es decir, estipulado por el proveedor del hosting sin derecho a discusión por parte del usuario.

Otra característica del contrato de hosting es su atipicidad ya que no está especialmente regulado en nuestra legislación. Pero no por eso deja de ser vinculante puesto que se encuadra perfectamente en la definición que tanto nuestros Códigos Civil y Comercio hacen del contrato.

El hosting es un contrato que involucra ingredientes técnicos muy específicos. El espacio otorgado al usuario medido en megabytes, el ancho de banda permitido, el sistema operativo y el lenguaje de programación a utilizar, son aspectos de vital

---

<sup>22</sup> <http://www.ciudadano2cero.com/que-es-un-hosting-web-tipos-alojamiento-cual-elegir/> (Guatemala el 14 de diciembre de 2013).



importancia al momento de la escogencia del hosting por parte del usuario, de acuerdo con sus necesidades de tipo técnico.

Otro aspecto importante de esta innovadora figura contractual es su dinamismo. Es posible que la actividad desarrollada en línea requiera ajustes en el camino como por ejemplo, ampliación de ancho de banda o mayor cantidad de megabytes de disco duro. Así, con intercambio de correos electrónicos se ven modificados frecuentemente los contratos iniciales.

A nivel de seguridad las exigencias de parte y parte son fundamentales. Tanto el anfitrión como los huéspedes deben evitar todo tipo de acciones que afecten la seguridad del servidor. Como en un hotel, los empleados vigilan que todo esté en orden. Pero si un huésped deja entrar a un delincuente, los demás corren peligro. Cuando se trata de un hosting compartido lo que haga un usuario en el servidor, afecta a los demás. Igualmente si el proveedor no mantiene la seguridad del servidor bloqueando las vulnerabilidades y evitando ataques de terceros, la información alojada corre grave peligro.

Es evidente que la complejidad de esta relación no debe dejar nada al azar. Por eso es recomendable la suscripción de un contrato que la regule y que no deje por fuera situaciones que aún remotamente puedan presentarse en desarrollo del hosting. Tengan en cuenta, proveedores, que este documento no debe convertirse en un saco de causales de exoneración de su responsabilidad ni de cláusulas ambiguas y abusivas. Además de que nuestro derecho protege a los adherentes de un contrato de este tipo de disposiciones contractuales, es mejor dejar claras las reglas del juego para



así prevenir eventuales conflictos o facilitar la labor de árbitros o jueces que lleguen a conocer un caso originado en el servicio de hosting.<sup>23</sup>

### **3.3.1. Cláusulas generales y específicas del contrato hosting**

La empresa prestadora del servicio de hosting alquila al cliente el hardware y el software de su propiedad para distintos servicios como alojar, gestionar, mantener y actualizar la página web del cliente por un tiempo determinado y a cambio de un precio.

**Partes contratantes:** Empresa prestadora de servicios y cliente.

#### **Cláusulas generales**

- Definiciones.
- Objeto.
- Duración.
- Precio y forma de pago.
- Comunicaciones entre las partes.
- Confidencialidad.
- Resolución del contrato.
- Derechos y obligaciones de las partes.

---

<sup>23</sup> <http://www.i-uris.com/Articulos/hosting.html>. (Guatemala 20 de diciembre de 2013).



- Responsabilidades de las partes.
- Ley aplicable y tribunales competentes.

### **Cláusulas específicas**

- Entrega y alojamiento de la información.
- Garantía de la prestación de servicios.
- Características del servicio.
- Propiedad intelectual.
- Cesión del contrato.<sup>24</sup>

### **3.4. Elementos esenciales en el contrato hosting**

En el contrato de hospedaje de páginas web, existen dos partes contratantes:

- Proveedor:** Por lo general, es una persona jurídica que cuenta y ofrece los servicios de infraestructura (hardware), gestión, mantenimiento del software y el arrendamiento de espacio en sus servidores para que los usuarios alberguen su página web para la realización de sus fines comerciales o laborales.
- Usuario:** Es la persona natural o jurídica que contrata los servicios de un proveedor de hosting para que le arriende un espacio en su servidor a cambio de una

---

<sup>24</sup> <http://www.contratosinformaticos.com/modelos/contratohosting.shtml>. (Guatemala 27 de diciembre de 2013).



remuneración, con el objeto de albergar o colocar su página web en dicho servidor para que sea vista en internet para los fines que se desee.

### 3.5. Características del contrato hosting

El contrato de hospedaje de páginas web, es:

- a) **Consensual:** Debido a que se perfecciona mediante el simple acuerdo de voluntades en cuanto a las obligaciones que recíprocamente asumen las partes. El proveedor, dar el uso y goce de un espacio determinado en un servidor para alojar una página web por cierto tiempo, y el usuario pagar por ese uso o goce de alojamiento un precio determinado. Para la existencia de este contrato, es necesario que efectivamente el usuario haya alojado o albergado la página web en el servidor del proveedor. Este contrato no está sujeto al cumplimiento de solemnidades especiales para su perfección.
- b) **Bilateral:** Porque del mismo derivan obligaciones recíprocas para las partes, tal y como se explicó en el numeral anterior.
- c) **Oneroso:** Porque se estipulan obligaciones y derechos recíprocos, pues así como el proveedor tiene la obligación de albergar en su servidor la página web del usuario, también tiene el derecho de recibir de éste el precio en dinero. Igualmente, a la obligación del usuario de pagar el precio en dinero, está ligado el derecho que él tiene a que se albergue su página web en el servidor del proveedor durante el tiempo pactado y acorde a las condiciones establecidas para el perfecto funcionamiento de la misma.



- d) **Conmutativo:** Porque las prestaciones recíprocas de las partes son conocidas y determinadas desde la celebración del contrato, por lo que desde entonces pueden establecer el provecho o la pérdida que les cause.
- e) **Principal:** Ya que existe independientemente y subsiste por sí solo. Puede incluir contratos accesorios, como la fianza.
- f) **De tracto sucesivo:** Debido a que su cumplimiento se prolonga necesariamente a través del tiempo, lo que origina la realización o existencia de prestaciones de carácter continuado por cada una de las partes: el proveedor, permite el uso y goce del servidor durante todo el tiempo acordado y el usuario, paga periódicamente el precio convenido, ya sea mensual o anualmente.
- g) **Sinalagmático perfecto:** Desde el origen del contrato de hospedaje de páginas web, se crean obligaciones recíprocas de las partes, de modo que cada uno es a su vez acreedor y deudor del otro.
- h) **Atípico:** Puesto que no se encuentra tipificado y regulado dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco o simplemente no encuadra en los tipos establecidos por la ley, ya que reúne características de dos o más contratos existentes.

### 3.6. Clases de hosting

- a) **Hosting gratuito:** Como se expuso anteriormente, el hosting gratuito es extremadamente limitado comparado al hosting de pago. Los proveedores de alojamiento gratuito normalmente requieren sus propios anuncios en el sitio alojado



de forma gratuita y tienen límites muy grandes de espacio y de tráfico. No obstante, la mayoría de la gente empieza en la web con hosting gratuito.

- b) **Hosting de imágenes:** Es aquél que tiene por objeto alojar solamente algunos formatos de imágenes. Este tipo de alojamiento normalmente es gratuito y la mayoría requieren que el usuario se registre. La mayoría de los proveedores de alojamiento de imágenes permiten el hot linking, de modo que el usuario pueda subir imágenes al servidor del proveedor para ahorrar espacio y ancho de banda.
- c) **Hosting compartido:** El alojamiento es compartido cuando un mismo servidor aloja a varios cientos de sitios web de clientes distintos. Un problema en uno de los sitios en el servidor puede traer abajo al resto de los sitios. El hosting compartido también tiene algunas restricciones aunque éstas no son tan restrictivas como en el hosting gratuito.
- d) **Hosting dedicado:** Con el alojamiento dedicado, el usuario puede conseguir un servidor exclusivamente para él. No tiene restricción alguna, a excepción de las diseñadas para mantener la integridad del proveedor, por ejemplo, prohibiendo sitios con contenido para adultos debido al riesgo del aumento de ataques por los hackers y las situaciones legales. A menos que se pague una tarifa a parte al proveedor, el usuario tiene que hacerlo todo por sí mismo. Esto puede ser oneroso, puesto la contratación del servidor dedicado en sí es generalmente más costosa comparada al alojamiento compartido.



### **3.7. Implicaciones jurídicas derivadas del contrato hosting**

Como se he mencionado, el contrato de hosting es un contrato consensual en el que la ley no especifica ningún requisito para el perfeccionamiento mismo, pudiendo celebrarse ya sea por escrito o de manera verbal e, inclusive, por actos inequívocos idóneos para expresar la aceptación o el consentimiento.

Por la firma de un contrato ambas partes quedan obligadas a cumplir lo que en él se dispone, pudiendo cada uno de ellos exigirse mutuamente su cumplimiento incluso por vía judicial.

En caso de incumplimiento que imposibilite su eficacia la parte perjudicada puede exigir indemnización de daños y perjuicios, igualmente en caso de mora o por cualquier conducta de la otra parte que lesione sus derechos.

No obstante lo anterior, resulta claramente conveniente que las partes se tomen el tiempo y el trabajo de redactar y acordar un contrato por escrito.

Durante el trabajo de desarrollo el contrato determina el alcance de los derechos y obligaciones de las partes, y si surge alguna duda, las partes acuden al contrato y la aclaran. En el momento que una de las partes incumpla sus obligaciones, la parte afectada tiene en el contrato el sustento probatorio de cuáles fueron las obligaciones adquiridas y el alcance de las mismas, facilitando cualquier reclamación judicial.



### **3.8. Responsabilidad civil y penal de los proveedores de servicios hosting y los clientes**

La **responsabilidad civil** no trata de castigar, sino de reparar un daño a un particular. Mientras que la **responsabilidad penal** sanciona o castiga, en la responsabilidad civil no se mide el grado de culpabilidad del autor del daño, sino la importancia de ese daño. Como en la responsabilidad civil no se trata de penar, sino de reparar, no se precisa que un texto legal prevea expresamente el perjuicio sufrido por la víctima para que esta exija reparación y más en este caso del contrato hosting eminentemente atípico como parte de sus características es difícil medir el riesgo en que se incurre, por ello es importante comprender la responsabilidad que ambos aceptan según los principios filosóficos del derecho mercantil.

#### **Responsabilidad contractual**

Es aquella cuando a consecuencia del incumplimiento de una obligación nacida de un contrato le ocasiona un perjuicio al otro contratante. Y de los que se despliega los daños y perjuicios a los que está afecto el incumplimiento del contrato hosting.

- a. **Perjuicio material:** En este, se incluye tanto los daños materiales propiamente dichos, que son aquellos que sufre una persona a consecuencia de un daño a una cosa que le pertenece o que posee; así como los daños de la información del disco duro de las computadoras, o ingreso de virus debido al utilizar el internet.
- b. **Daño moral:** Es el que resulta de los dolores, sufrimientos, aflicciones y mortificaciones. Es un elemento subjetivo que se produce erga omnes\* y debe tener



como base un sufrimiento interior, una pena, un dolor, el atentado a la reputación o al honor, el hecho que haya sido herido algún sentimiento, o que la fama o la reputación de la persona hayan quedado desmejoradas ante el público o como es el caso de una empresa que utiliza los servicios de hosting para darse a conocer utilizando imágenes obscenas o prohibidas de ilícito comercio y afecte así a la empresa que preste el servicio, sin mencionar los problemas legales que le podrían producir ante terceros.

- c. **Erga omnes:** respecto a todos, frente a todos.
- d. **Daño material:** Es aquel que directa o indirectamente, afecta un patrimonio, aquellos bienes, cosas o derechos, susceptibles de valuación económica.
- e. **Daño moral:** Es el sufrimiento en la esfera íntima de la personalidad de los individuos. Es la afectación de derechos inherentes a la personalidad.

### **Requisitos de la responsabilidad contractual**

- a) Un contrato válido, no puede existir responsabilidad contractual en ausencia de un contrato.
- b) Un hecho imputable al deudor contractual, la inejecución del contrato y la culpa.
- c) Una relación de causalidad entre el hecho imputable al deudor y el daño, relación de causa a efecto.<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> Ossorio, Manuel. **Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales.** Pág. 3.



## CAPÍTULO IV

### 4. El contrato mercantil hosting

#### 4.1. Aspectos jurídicos generales de la contratación del hosting

Las cuestiones relativas a la protección de datos de carácter personal. Es conveniente **contar con un contrato por escrito**. Además de las previsiones sobre protección de datos, hay otras cuestiones que han de analizarse en relación con éste contrato y que podrían extenderse también a otro tipo de acuerdos.

El primer lugar, el documento, como debería suceder con todos los contratos, tiene que ser claro en su redacción y que se entienda perfectamente, al menos por una persona que comprenda bien los conceptos relacionados con el servicio de hosting. Los contratos que no se entienden no deben firmarse.

**Se debe tener clara la identidad de la empresa que está suscribiendo el contrato**, si es guatemalteca o no, y a que fuero queda sometido el contrato. Es decir, donde habría que pleitear en el caso de que hubiera una discrepancia sobre la interpretación del contrato. Es lo que los juristas llaman la cláusula de sumisión.

**Uno de los aspectos críticos en relación con el hosting son los servicios de mantenimiento y respuesta ante las incidencias**. Conviene que en el contrato se encuentren previstas estas circunstancias y los tiempos de reacción y solución de problemas a los que se compromete el proveedor.

Normalmente, estos contratos incluyen cláusulas por las que, como es lógico, el cliente del servicio asume las responsabilidades derivadas del contenido que albergue en los



servidores contratados. En ocasiones se va más allá y el proveedor se reserva la facultad de suspender el servicio en caso de que se alojen contenidos ilegales o se utilice el servicio para fines ilícitos. Se pretende hacer responsable a prestadores de servicios de intermediación, como el hosting, de los eventuales ilícitos que cometan sus usuarios, por lo que conviene también enterarse de la política de “colaboración” que tenga el proveedor de hosting en relación con eventuales denuncias por contenidos alojados en los servidores que gestiona, no sea que ante la mínima el proveedor se niegue a prestar el servicio contratado.

Igualmente, si hay previsiones de que el tráfico pueda fluctuar es necesario que exista flexibilidad, de forma que los servicios contratados puedan ampliarse, o reducirse, según las necesidades.

También **se debe tener en cuenta si el contrato puede cederse, tanto por el proveedor como por el cliente.** Pensemos por ejemplo que se contrata con una pequeña empresa por la cercanía y confianza que nos genera y que luego esta empresa es “absorbida” por una gran compañía, cuyas relaciones con los clientes son diferentes. No es infrecuente ver cláusulas en este tipo de contratos que permitan, bien de forma limitada o no, este tipo de cesiones.

Por último, **no está de más prever la eventualidad de que se quiera cambiar de proveedor de hosting,** simplemente porque se quiera migrar a otra plataforma tecnológica, por lo que tampoco está de más que haya previsiones sobre eventuales migraciones de los servicios contratados a otro proveedor, pues los conflictos en esta materia no son infrecuentes.



#### 4.1.1. Contenido del contrato hosting

El contrato hosting aún siendo atípicos está provisto de formalidades que por analogía de la ley se incluyen dentro de éste y que le da el sentido mercantil e informático por el contenido de las cláusulas que en él se mencionan. En este caso se desarrolla el contenido de dicho contrato con el motivo de observar la esencia de dicho contrato aunque reconozco que no deba estar sujeto a ninguna formalidad por no ser un contrato solemne y debe regirse bajo los principios y características mercantiles. Estos son:

- Lugar, fecha, nombre del empresario o el representante legal de la entidad proveedora del servicio “hosting”, nombre del cliente conforme a la representación si fuera necesaria, la relación circunstanciada del contrato, el valor y número de orden del papel membretado o simple en que este extendido.
- Glosario de las palabras a utilizar dentro de este; puede ser por ejemplo: contrato, nombre de dominio, planes de hosting, servidores, panel de control, dinero, anexos, ley y partes.
- Se debe regular las condiciones en que el cliente accede a utilizar el plan, y la forma de remuneración.
- Entre los planes de hosting del contrato se debe indicar las características técnicas de cada plan de hosting.
- Recoger los recursos adicionales con los que se pueden ampliar los servicios incorporados con los planes de hosting.



- La empresa en algunos casos se reservan el derecho de modificar las características y condiciones de los planes hosting regulados por el contrato.
- Por lo que el aviso se puede dar on-line y/o correo electrónico.
- Publicar en su página dicha modificación.
- Debe indicar al cliente que plazo tiene para comunicarse para su aceptación o inconformidad.
- Con lo mencionado anteriormente que límites tendría para que hubiera devolución en caso de inconformidad.
- Que necesita además del plan hosting, por ejemplo: debe disponer de un ND siendo esto que se rige por su contrato y normativa.
- La empresa de hosting puede ofrecer de forma gratuita o no el servicio de parking.
- Debe contratar el registro, cambio de registro o traslado de un nombre de dominio.
- Establecer cuando puede hacer cambio de plan.
- Cuando finaliza el periodo de vigencia del plan y si se puede aceptar otro plan bajo el mismo contrato.
- Se debe regular si en este caso podría cambiar por un plan igual, mayor o inferior.
- Precio de los planes y forma de pago: 1. Fecha y hora para realizar el pago, 2. Lugar para realizar el pago agencia o cobrador etcétera, 3. Por falta de pago se suspende el servicio que valor tendría la reconexión y existiría multa o no.



- En caso se desee modificar el precio de los planes plazo para la aceptación o rechazo.
- Prestar el servicio de hosting puede ser soporte telefónico o vía e-mail, MSN messenger y /o fax, asesoramiento del servicio sin recargo alguno.
- En sus relaciones con el cliente, la empresa proveedora del servicio hosting deberá actuar con la diligencia debida en el uso de su actividad comercial, en base a los principios filosóficos en el Artículo 669 del Código de Comercio **principios de verdad sabida y buena fe guardada**. Deberán proveer información verdadera, correcta, actual y completa acerca de su persona del modo requerido en el presente contrato y mantener y actualizar en todo momento los datos de registro a fin de conservarlos veraces, correctos, actuales y completos. El cliente no utilizará el plan contratado de una manera contraria a la buena fe, al orden público y a la legislación vigente. El cliente conoce y acepta que toda la información, datos, textos, software, música, sonido, fotografías, gráficos, video, mensajes u otros materiales, sea que se fijen públicamente o se transmitan privadamente, son responsabilidad únicamente de la persona que originó dicho contenido.
- En el caso que no puede garantizar que la disponibilidad de los planes de hosting sea continúa e ininterrumpida durante el período de vigencia del contrato, debido a problemas y/o contingencias no imputables a esta parte, caso fortuito o fuerza mayor con la red internet y sus prestadores; averías en los equipos servidores que son compartidos y otras posibles contingencias imprevisibles. Deberá ser tomado en cuenta por las partes para llegar a una solución o fuera el caso de extenderse el



periodo de falta de servicio se llegará a un compromiso por parte de la empresa y deducir la responsabilidad de este ante el cliente.

- Se debe regular en que momento se puede reservar el derecho de interrumpir el plan contratado en función de reparaciones técnicas y de mantenimiento de los equipos, así como para la mejora de los propios servicios.
- Cuando tendrá el derecho de modificar, o discontinuar el servicio o cualquier parte del mismo, temporal o permanentemente, establecer en que momento.
- Se debe regular hasta donde será responsable hacia el interesado, cliente o terceras partes por modificaciones, suspensión o interrupción del servicio.
- Como se comento antes el cliente no puede renunciar expresamente a reclamar cualquier responsabilidad, contractual o extracontractual, daños y perjuicios a la empresa que preste el servicio hosting por posibles fallos, lentitud o errores en el acceso y uso del plan contratado. Más si debe establecerse la medida en que será responsable
- El acceso, uso y contenido de los planes de hosting es responsabilidad exclusiva del cliente, de tal manera que no se debe hacer responsable de ninguna manera, ni directa ni subsidiaria, de cualquier daño directo o indirecto, que el cliente pudiera ocasionar a terceros.
- Regular en que ningún caso la empresa de servicio hosting acepta responsabilidades derivadas de pérdidas de datos, interrupción de negocio o



cualesquiera otros daños y/o perjuicios producidos por el funcionamiento de los planes de hosting por no cumplir estos con las expectativas del cliente.

- Establecer en que periodos realizaran copias de seguridad de la Información de los clientes.
- No se garantiza la reposición total de la información en cuanto a los cambios que hayan podido producirse entre la última copia y el borrado.

**No se responsabiliza la empresa de hosting:**

- Del contenido alojado en el espacio atribuido al cliente por el plan de hosting.
- De los errores y deficiencias en el servicio producidos por los proveedores de acceso.
- De la contaminación por virus en sus equipos, cuya protección incumbe al cliente.
- De las intrusiones de terceros en el plan del cliente aunque se hayan establecido medidas razonables de protección.
- De la configuración defectuosa por parte del cliente.
- De los deterioros de los equipos (terminales del cliente) o mal uso (responsabilidad del cliente) de los mismos.
- El idioma que se utilizará en este caso el idioma español, o traducidos a este los contratos de sus productos, la documentación adicional sobre los nombres de



dominio, el procedimiento de contratación y toda la información publicada en su página web.

- Al finalizar el procedimiento de contratación, por ser un contrato mercantil que conlleva derecho informático se podrá entregar por ejemplo en formato electrónico, siendo una copia del correo electrónico que recibe el cliente con el contrato personalizado del producto como prueba de la aceptación.
- La empresa o terceras personas podría proveer enlaces a otros sitios o recursos en la "world wide web", en los cuales de no tener el control, el cliente debe aceptar y convenir hasta donde es responsable la empresa por la disponibilidad de dichos sitios y recursos externos.
- Regular si existiera algún delito por el contenido, comercialización, productos u otros materiales en los sitios o recursos disponibles desde dichos sitios o recursos.
- El cliente al igual que la empresa que presta los servicios debe cumplir con todos los términos y condiciones que el contrato indique en el ejercicio de su actividad profesional, además deberá actuar lealmente y de buena fe. Deberán proveer información verdadera, correcta, actual y completa acerca de su persona del modo requerido en el contrato y mantener y actualizar en todo momento los datos de registro a fin de conservarlos veraces, correctos, actuales y completos.
- El cliente debe satisfacer la remuneración pactada.
- **Mediante la contratación de este plan, el cliente se compromete a:**



- El cliente debe comprometerse a guardar por su cuenta una copia de seguridad de los archivos de los planes de hosting con el fin de reponerlos si fuese necesario.
  
- El cliente deberá vigilar el tamaño de la transferencia con el fin de evitar que sufra consecuencias su servicio por corte del mismo al excederse del contratado. Con lo que el cliente deberá disponer del panel de control de las llamadas tablas de consumo. Ya que los sistemas de la empresa identifican la transferencia consumida por cada plan de hosting, evaluando la información de los ficheros de log del servidor web.
  
- El cliente se debe obligar a mantener operativa, activa y actualizada la dirección e-mail proporcionada en el formulario de contratación para las comunicaciones con la empresa, ya que constituye el medio de comunicación preferente para la gestión ágil y fluida en la prestación del plan solicitado. Si el cliente quiere cambiar la dirección e-mail facilitada en el formulario de contratación como dirección de contacto deberá hacerlo a través del PdC, con las medidas propias de autenticación de dicha petición, de manera que en ningún momento quede interrumpida la comunicación entre ambas partes contratantes.
  
- El cliente es el único responsable de la utilización y conservación del login y contraseña del PdC ya que son los identificadores necesarios para el acceso a esta herramienta y que permiten contrastar a la empresa la autenticación del acceso del cliente y facilitar el permiso a las actuaciones que se soliciten. El uso de estos identificadores y la comunicación, incluso a terceras personas, se produce bajo la única responsabilidad del cliente.



- Se debe establecer que el cliente tiene la responsabilidad del contenido de su web, de la información transmitidas y almacenadas, de sus explotaciones, de los enlaces de hipertexto, de las reivindicaciones de terceros y de las acciones legales que pueden desencadenar. En definitiva, el cliente es responsable respecto de las leyes y reglamentos en vigor y las reglas que tienen que ver con el funcionamiento del plan on line, comercio electrónico, derechos de autor, mantenimiento del orden público, así como principios universales de uso de internet. Para lo que se podría agregar información que se le provea al cliente y demuestre que lo entiende y acepta. Como la prohibición el uso de los planes de hosting de forma contraria a la buena fe, costumbres y leyes vigentes, estas podrían ser:
  - a) La utilización que resulte contraria a las leyes vigentes o que infrinja los derechos de terceros.
  - b) La publicación o la transmisión de cualquier contenido que resulte violento, obsceno, vulgar, abusivo, peligroso, amenazante, difusión del terrorismo, sexo explícito y contenido para adultos, ilegal, xenófobo, difamatorio, odioso, hostigador, tortuoso, calumnioso, contrario a la moral y a las buenas costumbres e invasivo al derecho de la propiedad y/o cualquier otra forma ofensiva a terceros
  - c) Hacerse pasar por alguna persona o entidad, hacer declaraciones falsas, o de cualquier otra forma falsificar su asociación a alguna persona o entidad;
  - d) Falsificar encabezados o de cualquier otra forma manipular identificadores para desviar el origen de algún contenido transmitido por medio del servicio;



- e) Cargar ("upload"), anunciar, enviar por correo electrónico o de cualquier otra forma transmitir algún contenido del cual no tiene el derecho de transmitir por ley o bajo relación contractual o fiduciaria (tal como información interna, de propiedad y confidencial adquirida o entregada como parte de las relaciones de empleo o bajo contratos de confidencialidad);
- f) Cargar ("upload"), anunciar, enviar por correo electrónico o de cualquier otra forma transmitir algún contenido que viole alguna patente, marca, secreto comercial, derecho de autor o cualquier derecho de propiedad intelectual ("derechos") de algún tercero.
- g) Interferir o interrumpir el servicio, servidores, o redes conectadas al servicio, o desobedecer cualquier requisito, procedimiento, política o regulación de redes conectadas al servicio;
- h) Acechar o de cualquier otra forma hostigar a un tercero; o coleccionar o guardar datos personales acerca de otros usuarios.
- i) Según el caso expuesto el cliente debe aceptar y convenir en que la empresa puede conservar y/o revelar el contenido si así le es requerido por ley o si de buena fe considera que dicha reserva o revelación es necesaria para: (i) cumplir con procesos legales; (ii) hacer valer las condiciones de contratación, (iii) responder a quejas de que algún contenido viola los derechos de terceras personas; o la empresa, sus usuarios y el público en general. El cliente conviene y acepta que el procesamiento técnico y transmisión del servicio, incluyendo su contenido, puede involucrar: (v) transmisiones a través de varias redes; y (vi)



cambios para el ajuste y adaptación a los requisitos de las redes o dispositivos de conexión. i) Los cracks, números de serie de programas o cualquier otro contenido que vulnere derechos de la propiedad intelectual de terceros. j) La recogida y/o utilización de datos personales de otros usuarios sin su consentimiento y/o autorización. k) La utilización del servidor de correo y/o de sus direcciones de correo electrónico con fines de spam, mail bombing, phishing, escrow fraud, scam 419, pharming, difusión de virus (troyanos, gusanos, etc.), o cualquier otro tipo de actividad realizada con ánimo sabotador, fraudulento o delictivo.

j) El cliente debe comprometerse a no reproducir, duplicar, copiar, vender, revender o explotar con cualquier propósito comercial ninguna parte del servicio, uso del servicio o acceso al servicio.

- El cliente, en virtud del contrato, no adquiere absolutamente ningún derecho o licencia a propósito del plan de hosting, de los programas de ordenador necesarios para la prestación del servicio ni tampoco sobre la información técnica de seguimiento del servicio, excepción hecha de los derechos y licencias necesarios para el cumplimiento del presente contrato y únicamente para la duración del mismo.
- Establecerse que para toda actuación que se exceda del cumplimiento del contrato necesitará autorización por escrito por la parte que lo necesite.
- En qué forma será responsable por el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato cuando dicho incumplimiento se deba a causas de caso fortuito o fuerza



mayor. Si la suspensión en la prestación del servicio por esta circunstancia es superior en qué plazo se podrá cancelar a petición de cualquiera de las partes.

- El contrato finalizará cuando, además de las causas legalmente establecidas y las dispuestas en las distintas cláusulas del contrato, concurra alguna de las siguientes:
  - a. Mutuo acuerdo de las partes.
  - b. Finalización del período inicial de duración o de las sucesivas prórrogas.
  - c. Resolución por incumplimiento de alguna de las partes de las obligaciones derivadas del contrato.
- Toda notificación, requerimiento, instrucción u otro documento que deba ser entregado bajo el presente contrato por cualquiera de las partes a la contraria, relativo al funcionamiento del servicio deberá ser efectuado por notificación on-line, correo electrónico, a el cliente en su domicilio y a la empresa que presta el servicio hosting. Asimismo se deja especialmente determinado que toda notificación tendiente a rescisión y/o resolución del contrato deberá ser notificada por medio de notificación fehaciente a los domicilios consignados. Las partes deben acordar que todas las notificaciones practicadas en dichos domicilios serán válidas y vinculantes en relación con todos los actos referidos en el contrato, no siendo necesaria ninguna otra formalidad.
- Las partes negociarán de buena fe los términos de una disposición satisfactoria en reemplazo de la disposición nula o no ejecutable salvo que las partes discrecionalmente decidan la terminación del contrato.



- En los puntos no previstos en el contrato, así como en la interpretación y resolución de los conflictos que pudieran surgir entre las partes como consecuencia del mismo, será de aplicación la legislación guatemalteca.
- En caso de conflicto, controversia o reclamo emergente del contrato o relacionado con el mismo las partes acuerdan efectuar esfuerzos de buena fe tendientes a resolver dicha controversia.
- Si las partes no lograsen solucionar la controversia cualquiera de las partes podrá someter la controversia a los tribunales ordinarios, según se indique en el contrato renunciando expresamente a cualquier otro fuero o jurisdicción.
- Se firman los ejemplares para cada una de las partes mencionándolo en dicho contrato en un mismo tenor y a un solo efecto, en la misma fecha. (Ver anexo).



## CONCLUSIONES

1. Los profesionales del derecho tienen que hacer uso o ajustarse necesariamente a figuras análogas de naturaleza mercantil y civil, tales como la compraventa o el arrendamiento de servicios, tomando como base la teoría de la libre contratación. En el caso de los contratos informáticos pertenecen a una naturaleza contractual atípica mercantil, integrando al derecho civil, que en principio se debe ajustar a las normas contenidas en el Código de Comercio.
2. Derivado de las formalidades que se establecieron para la celebración de un contrato informático y tomando en cuenta que la materia de los mismos es casi siempre mercantil, es importante tener presente los principios filosóficos que rigen el derecho mercantil y supletoriamente los de derecho civil.
3. Los contratos de hosting frecuentemente asumen, la modalidad de contratos de adhesión, resultando que sea desigual para las partes contratantes, por lo que recurren a principios de derecho mercantil y en general.





## RECOMENDACIONES

1. El Congreso de la República de Guatemala, con las atribuciones que le confiere la Constitución Política de la República, debe regular los contratos hosting, en virtud que en Guatemala los contratos informáticos no tienen regulación legal, debido a que el tema de la informática comenzó a surgir y toma importancia en el mundo del derecho, con posterioridad a la emisión tanto del Código Civil como el Código de Comercio, por lo que es menester su regulación para seguridad jurídica de las partes.
2. El profesional del derecho al realizar un contrato de hospedad y/o alojamiento hosting, o bien al prestar su asesoría profesional, deberá ser imparcial y justo, para mantener un equilibrio en la relación jurídica (proveedor y cliente), en virtud que éste tipo de contratación carece de regulación y normalmente es de adhesión.
3. Se recomienda a todas aquellas personas que vayan a establecer una relación contractual mercantil de los servicios hosting, para darle mayor certeza jurídica a esa contratación ésta siempre debe llevar firma legalizada por Notario.





**ANEXO**





## ANEXO I

### Contrato de hosting

En la Ciudad de Guatemala, el seis de junio del año dos mil catorce, Byron García Rodríguez, de veinticinco años de edad, soltero, guatemalteco, Perito Contador, se identifica con Documento Personal de Identificación código único de identificación un millón uno extendido por el Registrado Civil del Registro Nacional de las Personas de esta ciudad, con domicilio en la tercera avenida "A" tres guión doce de la zona uno de este domicilio, Guatemala, en adelante denominado el Noot Host por una parte, y por la otra Clara Inés Solano Girón, de treinta años de edad, soltera, guatemalteca, Maestra de Educación Primaria, se identifica con el Documento Personal de Identificación código único de identificación un millón dos, extendido por el Registrados Civil del Registro Nacional de las Personas de esta ciudad, con domicilio en la decima avenida doce guion treinta y cuatro zona once de Guatemala, Guatemala, en adelante denominado "El Cliente", celebran el presente Contrato de Hosting, el que se regirá por las siguientes cláusula y condiciones.

### **CLÁUSULA PRIMERA: DEFINICIONES**

1) Hosting: Se entiende por hosting (alojamiento de servicios web) a: espacio en el/los discos rígidos del servidor para tal fin, con el único propósito de colocar información para ser publicada en internet. Esto solo incluye servicio de http, mail, ftp.

Contrato: contiene las cláusulas recogidas en este documento, así como toda información adicional que sobre el plan particular de hosting contratado se recoge de manera actualizada en la web.



Nombre de dominio (ND): conjunto de caracteres que identifica un sitio de la red internet con una dirección (IP).

Planes de hosting: Espacio en los servidores de Noot Host, donde el cliente administra los recursos propios del plan contratado. Los planes de hosting sometidos a las condiciones de este contrato ofrecen un servicio de alojamiento compartido.

Servidores: Equipos informáticos ofrecidos por Noot Host donde se alojan los datos y la información que el cliente desarrolla en los planes de hosting.

Panel de control (PdC): Herramienta informática que se adjudica con cada plan de hosting y que permite al cliente gestionar los recursos y aplicaciones de los que dispone el plan contratado, así como activar otros recursos adicionales, en aquellos planes de hosting que lo permitan.

Login y contraseña: se trata de un sistema de autenticación para el acceso al área de cliente que garantiza que el acceso a esta herramienta sea segura, fiable, veraz y siempre provenga de los clientes.

Quetzales "Q": Significará la moneda de curso legal de Guatemala.

Anexos: Los anexos mencionados en el presente y adjuntos a este contrato forman parte del mismo. Guatemala: significará la República Guatemala. Ley: significará cualquier ley, decreto, resolución, reglamentación, código, norma, orden, requerimiento o procedimiento sancionado, aprobado, promulgado, aplicado o seguido en Guatemala por cualquier autoridad de la misma.

Partes: significará, el cliente y Noot Host designados conjuntamente.



**CLÁUSULA SEGUNDA: OBJETO:**

El presente contrato tiene por objeto regular las condiciones en las que el cliente accede y utiliza el plan de hosting de Noot Host elegido, así como fijar las condiciones y forma de remuneración del cliente a Noot Host.

**CLÁUSULA TERCERA: PLANES DE HOSTING REGULADOS POR ESTE CONTRATO:**

3.1. Las condiciones recogidas en este contrato serán de aplicación a los siguientes planes:

- Plan básico.
- Plan avanzado.
- Noot max.

3.2. Las características técnicas de cada uno de los planes de hosting, expresadas en el apartado anterior, vienen determinadas en el anexo I de este contrato, que forma parte del presente, se encuentran permanentemente actualizadas en la página web de Noot Host.

En este anexo I se recogen, también, los recursos adicionales con los que se pueden ampliar los servicios incorporados en los planes de hosting y se señala en qué planes cabe dicha ampliación.

3.3. Noot Host se reserva el derecho de modificar las características y condiciones de los planes de hosting regulados por este contrato. Para ello no deberá cumplir más formalidad que la de publicar en su página dicha modificación, informando al cliente con un aviso on-line y/o remitirlo por correo electrónico.

El cliente, una vez que le sea comunicada la modificación correspondiente, dispone del plazo de quince días para resolver el contrato si no estuviera de acuerdo con las nuevas circunstancias, obteniendo la devolución del pago de la parte proporcional no



consumida. Ahora bien, pasado este plazo sin comunicación en contrario se entenderá que acepta las nuevas condiciones y, por lo tanto, la baja antes del vencimiento no dará lugar a devolución alguna.

3.4. El funcionamiento del plan de hosting elegido requiere, generalmente, disponer de un ND. La regulación de los ND se regirá por su normativa y su contrato correspondiente.

3.5. Noot Host ofrece a sus clientes, un servicio de parking, de forma gratuita y conjunta al contratar el registro, cambio de registrador o traslado de un nombre de dominio hacia Noot Host, sin asociarle ningún plan de hosting.

Noot Host podrá dar de baja o dejar de ofrecer este servicio gratuito de parking en cualquier momento, y siempre que el nombre de dominio deje de gestionarse, por ese mismo cliente, a través de Noot Host.

3.6. El cliente, comunicándolo por escrito o electrónicamente, podrá cambiar a otro plan de hosting de entre los ofrecidos por Noot Host, siempre que se produzca alguna de las siguientes circunstancias:

Finalización del plazo previamente requerido y debidamente abonado.

Cuando se trate de un plan superior con idéntica o mayor periodicidad de pago. No se podrá realizar el cambio a un plan inferior en recursos, precio o periodicidad de pago, al elegido previamente.

3.7. Todos los planes de hosting acogidos a este contrato se ofrecen bajo el sistema operativo.

#### **CLÁUSULA CUARTA: PRECIO DE LOS PLANES Y FORMA DE PAGO.**

4.1. El alta en el plan de hosting contratado es gratuito.



4.2. Por la disponibilidad del plan de hosting contratado el cliente pagará a Noot Host el precio correspondiente a cada plan que se recoge en el anexo I adjunto a este contrato y siempre actualizado en los siguientes dos días.

En este anexo se determinará, además, el precio de los recursos adicionales con los que se puede ampliar los incluidos en los planes de hosting.

4.3. Forma de pago: El pago de los planes de alojamiento es por adelantado y se realizará a través de transferencia o depósito bancario o en efectivo en el domicilio social de Noot Host, según la forma de pago elegida como preferente por el cliente. En este último caso los pagos se realizarán de lunes a viernes de las quince a las diecisiete horas en el domicilio indicado en el encabezado. La periodicidad con la que se emiten las facturas será la elegida por el cliente entre las establecidas por Noot Host para el plan de hosting elegido por el cliente y señalado en el anexo I de este contrato.

Los recursos adicionales, se pueden dar de alta en cualquier momento de la vigencia del plan al que se asocia el recurso, pero su facturación se hará coincidir con la periodicidad que el cliente haya escogido para el plan de hosting al que va asociar este recurso. Su forma de pago será la elegida por el cliente como preferente (domiciliación bancaria o pago en efectivo).

El recurso adicional de transferencia puntual sólo se puede pagar mediante transferencia bancaria, en el momento de su contratación y previo al uso del mismo.

4.4. Por cada devolución bancaria que se produzca por causas imputables al cliente, Noot Host cobrará una tarifa adicional de trescientos quetzales (Q300.00).

4.5. Las cantidades mencionadas a lo largo de este contrato están sujetas a los impuestos correspondientes según la legislación vigente.



4.6. Noot Host se reserva el derecho a suspender la prestación del servicio contratado ante cualquier incumplimiento experimentado en el cobro hasta la resolución del mismo. Si el cliente no procediera a su pago dentro de las veinticuatro horas hábiles posteriores al previo aviso e intimación a regularizar su situación efectuado mediante un aviso on-line y/o remitido por correo electrónico, se procederá a la baja definitiva del servicio por incumplimiento del contrato. Una vez acreditado el pago se procederá a la re-conexión en no más de setenta y dos horas.

4.7. En caso de suspensión de servicio por falta de pago Noot Host cobrará un cargo por re-conexión de cincuenta quetzales (Q50.00), los cuales serán incluidos en la próxima factura.

Noot Host se reserva el derecho a modificar el precio de los planes de hosting regulados por este contrato. Si el cambio fuera al alza se notificará al cliente (mediante un aviso on-line y/o remitido por correo electrónico) tal modificación con veinte días de anticipación a la emisión de la siguiente factura que se le emita. El cliente en caso de no estar de acuerdo en aceptar dicho cambio podrá dentro de las 48hs por resolver el presente contrato solicitando en forma fehaciente la baja del servicio en el momento que finalice el periodo que tuviera abonado.

4.8. El cliente dispondrá de un plazo de garantía de seis meses corridos a partir de la fecha de alta inicial del plan de hosting para resolver el presente contrato sin incurrir en penalización ni gasto alguno. Este plazo no será aplicado a las renovaciones del presente contrato.

Ante el ejercicio del derecho de resolución contemplado en el párrafo precedente, Noot Host reintegrará al cliente la cuantía abonada por la prestación del plan de hosting; en ningún caso podrá reintegrar al cliente la cuantía desembolsada en concepto de registro



del nombre de dominio debido a que por la naturaleza de la prestación es imposible llevarlo a cabo, ya que el nombre de dominio continuará siendo propiedad del titular a cuyo nombre se obtiene. Asimismo, el cliente deberá pagar la cuantía correspondiente al consumo de transferencia realizada durante el periodo de plan efectivo.

Vencido el plazo de garantía al que se refiere este apartado, el cliente no tiene derecho a devolución alguna por el cese voluntario y anticipado del plan contratado.

4.9. En todos los planes de hosting de Noot Host incluye sin cargo extra un soporte telefónico o vía e-mail, MSN messenger y/o Fax, como así también el asesoramiento necesario en todo lo respectivo al servicio.

#### **CLÁUSULA QUINTA: ENTRADA EN VIGOR, DURACIÓN Y PRÓRROGA**

5.1. El presente contrato entra en vigor en el momento de alta del plan de hosting, es decir, cuando el cliente tiene la posibilidad de acceder a la utilización de su plan.

5.2. El contrato tendrá duración trimestral o anual, dependiendo del plazo de facturación elegido por el cliente en el formulario de contratación, a partir de la formalización del contrato y se prorrogará de forma automática.

En cada renovación tácita no se enviará copia del contrato actual, entendiéndose siempre vigente el publicado en ese momento en la página web que recoge la versión más actual.

5.3. El contrato no se dará por finalizado mientras el cliente no proceda a dar de baja el plan de hosting comunicándolo por escrito, vía e-mail. La baja será automática y se producirá en ese mismo momento. El cliente deberá tener en cuenta, dicha baja automática, para evitar la pérdida de la información alojada en el servidor.



La baja voluntaria del servicio, producida con anterioridad al vencimiento del periodo abonado, no supone la devolución de la parte proporcional no consumida.

5.4. Los servicios complementarios al plan de hosting contratado pueden activarse o desactivarse en cualquier momento mientras el plan de hosting se encuentre activo y al corriente del pago; ahora bien si un recurso o aplicación tiene un coste mensual adicional, el hecho de desactivarlo antes de que venza el mes pagado por adelantado no supone la devolución de la parte proporcional no consumida.

#### **CLÁUSULA SEXTA: OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDADES DE NOOT HOST**

6.1. En sus relaciones con el cliente, Noot Host deberá actuar con la diligencia debida en el uso de su actividad comercial, lealmente y de buena fe.

6.2. Noot Host no puede garantizar que la disponibilidad de los planes de hosting sea continua e ininterrumpida durante el periodo de vigencia del contrato, debido a problemas y/o contingencias no imputables a esta parte, caso fortuito o fuerza mayor con la red Internet y sus prestadores; averías en los equipos servidores que son compartidos y otras posibles contingencias imprevisibles.

6.3. Noot Host se reserva el derecho a interrumpir el plan contratado en función de reparaciones técnicas y de mantenimiento de los equipos, así como para la mejora de los propios servicios. Noot Host tendrá el derecho de modificar, o discontinuar el servicio o cualquier parte del mismo, temporal o permanentemente, en cualquier momento y periódicamente, por lo que Noot Host no será responsable hacia usted o terceras partes por ninguna modificación, suspensión o interrupción del servicio.



6.4. El cliente renuncia expresamente a reclamar cualquier responsabilidad, contractual o extracontractual, daños y perjuicios a Noot Host por posibles fallos, lentitud o errores en el acceso y uso del plan contratado.

6.5. El acceso, uso y contenido de los planes de hosting es responsabilidad exclusiva del cliente, de tal manera que Noot Host no se hace responsable de ninguna manera (ni directa ni subsidiaria) de cualquier daño directo o indirecto, que el cliente pudiera ocasionar a terceros.

6.6. No obstante todo lo anterior, si Noot Host incumpliera los compromisos asumidos en este contrato por prestar un servicio ineficiente, imputable a su persona, durante un periodo ininterrumpido superior a 24 horas, la responsabilidad de Noot Host se limitará a la devolución del dinero cobrado por el plan de hosting afectado durante dicho periodo de interrupción calculado de manera proporcional.

6.7. En ningún caso Noot Host acepta responsabilidades derivadas de pérdidas de datos, interrupción de negocio o cualesquiera otros daños y/o perjuicios producidos por el funcionamiento de los planes de hosting por no cumplir estos con las expectativas del cliente.

6.8. Aunque Noot Host realiza periódicamente copias de seguridad de la información de los clientes, Noot Host no se hace responsable en los casos de pérdida o borrado accidental de datos, sea por la causa que sea. El cliente reconoce expresamente que el uso del servicio es a su exclusivo riesgo. De igual manera Noot Host no garantiza la reposición total de la Información en cuanto a los cambios que hayan podido producirse entre la última copia y el borrado. El cliente acepta expresamente que, en el caso de pérdida de la información, la provisión de la copia de seguridad con el fin de reponer dicha Información corre exclusivamente por su cuenta y riesgo. El cliente acepta asumir



en forma plena y exclusiva la responsabilidad por los archivos y/o información que reside en su cuenta y asume plena responsabilidad para mantener copias de seguridad de la información o archivos almacenados en los servidores de Noot Host y exime de toda responsabilidad a Noot Host por toda pérdida de dinero, tiempo, información y/o recursos originados en deficiencia o inexistencia de copias de seguridad.

6.9. Los planes de hosting están compartiendo equipos con otros servicios de igual naturaleza. Por este motivo, Noot Host se reserva el derecho a suspender, total o parcialmente, el cumplimiento del contrato en el caso de que advierta, detecte y/o compruebe en sus labores de mantenimiento un consumo excesivo de memoria, de CPU o cualquier otra alteración que ralentice el servidor en el que Noot división hosting se encuentra ubicado, de tal manera que perjudique o conlleve un menoscabo en la prestación del servicio o de los derechos de los clientes o terceros que con él comparten el servidor.

6.10. Noot Host no se responsabiliza:

- Del contenido alojado en el espacio atribuido al cliente por el plan de hosting.
- De los errores y deficiencias en el servicio producidos por los proveedores de acceso.
- De la contaminación por virus en sus equipos, cuya protección incumbe al cliente.
- De las intrusiones de terceros en el plan del cliente aunque se hayan establecido medidas razonables de protección.
- De la configuración defectuosa por parte del cliente.
- De los deterioros de los equipos (terminales del cliente) o mal uso (responsabilidad del cliente) de los mismos.



6.11. Noot Host ofrece, exclusivamente, en idioma castellano, los contratos de sus productos, la documentación adicional sobre los nombres de dominio, el procedimiento de contratación y toda la información publicada en su página web.

6.12. Al finalizar el procedimiento de contratación, Noot Host almacena en formato electrónico, una copia del correo electrónico que recibe el cliente, con el contrato personalizado del producto.

6.13. Noot Host o terceras personas podrán proveer enlaces a otros sitios o recursos en la world wide web, en los cuales Noot Host no tiene control, por lo que el cliente acepta y conviene en que acepta cada una de las cláusulas.

Noot Host no será responsable por la disponibilidad de dichos sitios y recursos externos, y no los respalda ni es responsable o tiene obligación legal por el contenido, comercialización, productos u otros materiales en los sitios o recursos disponibles desde dichos sitios o recursos. Además, el cliente y acuerda que Noot Host no será responsable o estará obligado, directa o indirectamente, por ningún daño o perjuicio causado por el uso o la credibilidad en cualquier contenido, bienes o servicios disponibles por medio de ningún sitio o recurso.

#### **CLÁUSULA SÉPTIMA: OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDAD DEL CLIENTE**

7.1. El cliente debe cumplir con todos los términos y condiciones de este contrato en el ejercicio de su actividad profesional, además deberá actuar lealmente y de buena fe. Deberá proveer información verdadera, correcta, actual y completa acerca de su persona del modo requerido en el presente contrato y mantener y actualizar en todo momento los datos de registro a fin de conservarlos veraces, correctos, actuales y completos. Si suministra información que sea falsa, inexacta, desactualizada o



incompleta, o si Noot Host tiene bases razonables para sospechar que dicha información es falsa, inexacta, desactualizada o incompleta, Los responsables de administrar Noot Host tendrán el derecho de suspender o cerrar su cuenta y negarle el uso presente o futuro del servicio (o cualquier parte de él).

7.2. El cliente debe satisfacer la remuneración pactada, tal y como se recoge en la cláusula 4 de este contrato.

7.3. El cliente no utilizará el plan contratado de una manera contraria a la buena fe, al orden público y a la legislación vigente. El cliente conoce y acepta que toda la información, datos, textos, software, música, sonido, fotografías, gráficos, video, mensajes u otros materiales ("contenido"), sea que se fijen públicamente o se transmitan privadamente, son responsabilidad únicamente de la persona que originó dicho contenido.

7.4. Mediante la contratación de este plan, el cliente se compromete a:

- Guardar por su cuenta una copia de seguridad de los archivos de los planes de hosting con el fin de reponerlos si fuese necesario.

- Vigilar el tamaño de la transferencia con el fin de evitar que sufra consecuencias su servicio por corte del mismo al excederse del contratado. Para tal fin, el cliente dispone en el panel de control de las llamadas "tablas de consumo". Los sistemas de Noot Host identifican la transferencia consumida por cada plan de hosting, evaluando la información de los ficheros de log del servidor web.

- El cliente se obliga a mantener operativa, activa y actualizada la dirección e-mail proporcionada en el formulario de contratación para las comunicaciones con Noot Host, ya que constituye el medio de comunicación preferente para la gestión ágil y fluida en la prestación del plan solicitado.

Si el cliente quiere cambiar la dirección e-mail facilitada en el formulario de contratación



como dirección de contacto deberá hacerlo a través del PdC, con las medidas propias de autenticación de dicha petición, de manera que en ningún momento quede interrumpida la comunicación entre ambas partes contratantes.

Noot Host se exonera de toda responsabilidad por las consecuencias que la falta de operatividad de la dirección e-mail del cliente o de la falta de comunicación que el cambio de dirección no actualizado pueda producir, así como por la desinformación que alegue el cliente debido a su propia negligencia a la hora de mantener activo este dato.

7.5. El cliente es el único responsable de la utilización y conservación del login y contraseña del PdC ya que son los identificadores necesarios para el acceso a esta herramienta y que permiten contrastar a Noot Host la autenticación del acceso del cliente y facilitar el permiso a las actuaciones que se soliciten. El uso de estos identificadores y la comunicación, incluso a terceras personas, se produce bajo la única responsabilidad del cliente.

7.6. El cliente tiene la total responsabilidad del contenido de su web, de la información transmitidas y almacenadas, de sus explotaciones, de los enlaces de hipertexto, de las reivindicaciones de terceros y de las acciones legales que pueden desencadenar. En definitiva, el cliente es responsable respecto de las leyes y reglamentos en vigor y las reglas que tienen que ver con el funcionamiento del plan on line, comercio electrónico, derechos de autor, mantenimiento del orden público, así como principios universales de uso de internet.

7.7. Se prohíbe el uso de los planes de hosting de forma contraria a la buena fe y, en particular, en los siguientes términos:

a) La utilización que resulte contraria a las leyes argentinas o que infrinja los derechos de terceros.



- b) La publicación o la transmisión de cualquier contenido que, a juicio de Noot Host, resulte violento, obsceno, vulgar, abusivo, peligroso, amenazante, difusión del terrorismo, sexo explícito y contenido para adultos, ilegal, xenófobo, difamatorio, odioso, hostigador, tortuoso, calumnioso, contrario a la moral y a las buenas costumbres e invasivo al derecho de la propiedad y/o cualquier otra forma ofensiva a terceros.
- c) Hacerse pasar por alguna persona o entidad, hacer declaraciones falsas, o de cualquier otra forma falsificar su asociación a alguna persona o entidad;
- d) Falsificar encabezados o de cualquier otra forma manipular identificadores para desviar el origen de algún Contenido transmitido por medio del Servicio
- e) Cargar ("upload"), anunciar, enviar por correo electrónico o de cualquier otra forma transmitir algún contenido del cual no tiene el derecho de transmitir por ley o bajo relación contractual o fiduciaria (tal como información interna, de propiedad y confidencial adquirida o entregada como parte de las relaciones de empleo o bajo contratos de confidencialidad);
- f) Cargar ("upload"), anunciar, enviar por correo electrónico o de cualquier otra forma transmitir algún contenido que viole alguna patente, marca, secreto comercial, derecho de autor o cualquier derecho de propiedad intelectual ("Derechos") de algún tercero.
- g) Interferir o interrumpir el Servicio, servidores, o redes conectadas al Servicio, o desobedecer cualquier requisito, procedimiento, política o regulación de redes conectadas al servicio;
- h) Acechar o de cualquier otra forma hostigar a un tercero; o coleccionar o guardar datos personales acerca de otros usuarios, Noot Host no preselecciona el contenido. Sin embargo, tiene el derecho, pero no la obligación, a su plena discreción de rechazar o remover cualquier contenido que esté disponible por medio del servicio. Sin limitación



de lo anterior, Noot Host tendrá el derecho de remover cualquier contenido que viole las condiciones de contratación contempladas en el presente. El cliente acepta mediante su rúbrica todos aquellos riesgos asociados con el uso de cualquier contenido, incluyendo su confianza en la veracidad, integridad o uso de dicho contenido. El cliente acepta y conviene en que Noot host puede conservar y/o revelar el contenido si así le es requerido por ley o si de buena fe considera que dicha reserva o revelación es necesaria para: (i) cumplir con procesos legales; (ii) hacer valer las condiciones de contratación, (iii) responder a quejas de que algún contenido viola los derechos de terceras personas; o (iv) Noot Host, sus usuarios y el público en general. El cliente conviene y acepta que el procesamiento técnico y transmisión del servicio, incluyendo su contenido, puede involucrar: (v) transmisiones a través de varias redes; y (vi) cambios para el ajuste y adaptación a los requisitos de las redes o dispositivos de conexión.

i) Los cracks, números de serie de programas o cualquier otro contenido que vulnere derechos de la propiedad intelectual de terceros.

j) La recogida y/o utilización de datos personales de otros usuarios sin su consentimiento y/o autorización.

k) La utilización del servidor de correo y/o de sus direcciones de correo electrónico con fines de spam, mail bombing, phishing, escrow fraud, scam 419, pharming, difusión de virus (troyanos, gusanos, etc.), o cualquier otro tipo de actividad realizada con ánimo sabotador, fraudulento o delictivo.

l) El cliente se compromete a no reproducir, duplicar, copiar, vender, revender o explotar con cualquier propósito comercial ninguna parte del servicio, uso del servicio o acceso al servicio.



7.8. El cliente indemnizará a Noot Host por los gastos que éste se viera inmerso como consecuencia de actos cuya responsabilidad es pura y exclusiva del cliente, incluidos honorarios profesionales de los letrados que eventualmente deban intervenir, gastos, costas, intereses, etc., en reclamos judiciales o extrajudiciales.

7.9. Debido a que los planes de hosting están compartiendo equipos el cliente debe desarrollar y/o administrar su plan de hosting respetando los estándares técnicos dispuestos por Noot Host. En caso contrario será de aplicación lo dispuesto en cláusula 6.9.

7.10. Si el cliente consume toda la transferencia incluida en el plan de hosting contratado, su sitio web se desactivará temporalmente hasta que termine el mes en curso, reactivándose nuevamente en el mes siguiente.

El cliente, para evitar esta situación, puede contratar el recurso adicional de ampliación de transferencia puntual, con las características determinadas en el anexo I de este contrato, o cambiar a un servicio de hosting superior.

7.11. El cliente, en virtud del presente contrato, no adquiere absolutamente ningún derecho o licencia a propósito del plan de hosting, de los programas de ordenador necesarios para la prestación del servicio ni tampoco sobre la información técnica de seguimiento del servicio, excepción hecha de los derechos y licencias necesarios para el cumplimiento del presente contrato y únicamente para la duración del mismo. Para toda actuación que se exceda del cumplimiento de este contrato necesitará autorización por escrito por parte de Noot Host.

7.12. Las comunicaciones entre el cliente y el personal de Noot Host deberán observar la adecuada corrección en las formas.



#### **CLÁUSULA OCTAVA: FUERZA MAYOR.**

Noot Host no será responsable por el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato cuando dicho incumplimiento se deba a causas de caso fortuito o fuerza mayor. Si la suspensión en la prestación del servicio por esta circunstancia es superior a dos meses este contrato se podrá cancelar a petición de cualquiera de las partes.

#### **CLÁUSULA NOVENA: TERMINACIÓN.**

El contrato finalizará cuando, además de las causas legalmente establecidas y las dispuestas en las distintas cláusulas de este contrato, concorra alguna de las siguientes:

- Mutuo acuerdo de las partes.
- Finalización del período inicial de duración o de las sucesivas prórrogas.
- Resolución por incumplimiento de alguna de las partes de las obligaciones derivadas del contrato.

9.2. Si el incumplimiento del cliente fuera la causa de resolución del contrato, Noot Host se reserva el derecho de dar por finalizado en forma anticipada el presente contrato y, por lo tanto, a desposeer al cliente del servicio sin previo aviso, sin derecho a indemnización ni a devolución de cantidad alguna.

9.3 En caso de rescisión del contrato, por las causas anteriormente citadas o cualesquiera otras admitidas en derecho, el cliente deberá cumplir las obligaciones asumidas con anterioridad a la resolución del contrato frente a Noot Host y frente a terceros.



**CLÁUSULA DÉCIMA: CONFIDENCIALIDAD.**

10.1. Toda información o documentación que cualquiera de las partes aporte a la otra en desarrollo y ejecución del presente contrato se considerará confidencial y exclusiva de quien lo aporte y no podrá comunicarse a terceros sin su consentimiento.

10.2. Las partes excluyen de la categoría de información confidencial toda aquella información que sea divulgada por la parte que la posea, aquella que se convierta en pública, aquella que haya de ser revelada de acuerdo con las leyes o con una resolución judicial o acto imperativo de autoridad competente y/o aquella que sea obtenida por un tercero que no se encuentre bajo la obligación de confidencialidad alguna.

10.3. Esta obligación de confidencialidad persiste hasta dos (2) años después contados desde la fecha de de finalización del presente contrato. Ninguna de las partes adquirirá ningún derecho sobre cualquier información confidencialidad u otros derechos de propiedad de la otra parte como resultado de este contrato.

**CLÁUSULA DECIMA PRIMERA: POLÍTICA DE PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL.**

11.1. Noot Host adopta las medidas técnicas y organizativas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y confidencialidad de los datos de carácter personal.

Los datos de carácter personal que recoge son objeto de tratamiento automatizado y se incorporan en el fichero correspondiente, denominado **clientes**.

11.2. Noot Host, observando la normativa legal vigente en esta materia, informa de que los datos personales que se recogen a través de los formularios de contratación se incluyen en ficheros automatizados específicos de la empresa para el cumplimiento de



los servicios, así como para el desempeño de las tareas de información, comercialización y otras actividades propias del grupo.

11.3. En aquellos casos en que Noot Host figure como encargado tratará los datos según las instrucciones del responsable del tratamiento, sin utilizarlos con fines distintos a los recogidos en el contrato celebrado al efecto.

11.4. El interesado podrá, en cualquier momento, ejercitar los derechos de acceso, oposición, rectificación.

11.5. Noot Host no se hace responsable del incumplimiento por parte del cliente en aquello que a su actividad le corresponda y que se encuentre relacionado con la ejecución de este contrato.

11.6. El cliente manifiesta que todos los datos facilitados por él son ciertos y correctos, y se compromete a mantenerlos actualizados. El cliente responderá por la veracidad de sus datos y será el único responsable de cuantos conflictos o litigios pudieran resultar por la falsedad de los mismos.

## **CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA: LIMITACIÓN DE GARANTÍA Y DE LA RESPONSABILIDAD.**

12.1. En ningún supuesto Noot Host contraerá responsabilidad alguna por causa, directa o indirecta, relacionada con la utilización que haga el cliente del servicio de Noot Host.

12.2. Las partes reconocen que la puesta en vigor de este contrato, no supone ningún tipo de representación, delegación, garantía u otros acuerdos distintos a los expresamente descritos en este contrato; y de acuerdo con ello, todos los términos, condiciones, garantías u otros aspectos implicados por convenios o reglamentación general, quedan explícitamente excluidos hasta los límites permitidos por la Ley.



12.3. El cliente expresamente comprende y conviene en que: el uso del servicio es bajo su propio riesgo. El servicio es provisto según se encuentre "disponible", por lo que Noot Host no otorga garantía de ningún tipo, ya sea expresa o implícita, incluyendo sin limitación a las garantías implícitas de comercialidad, aptitud para un propósito en particular, y no violación de los usuarios.

12.4. Noot Host no garantiza que el servicio será ininterrumpido, puntual, seguro o libre de error; los resultados que puedan ser obtenidos del uso del servicio sean veraces o confiables; la calidad de cualquier producto, servicio, información u otro material comprado u obtenido por el cliente por medio del servicio se ajustará a sus expectativas; y cualquier error en el software será corregido.

12.5. Cualquier material descargado ("downloaded") o de cualquier otra forma obtenido por medio del uso del servicio es hecho bajo su propia discreción y riesgo y el cliente será absolutamente responsable por cualquier daño al sistema de su computadora o pérdida de datos que resulten de la descarga ("download") de cualquiera de estos materiales.

12.6. Ningún consejo o información, ya sea oral o escrito, obtenido del servicio por el cliente, o por medio del servicio constituirá garantía alguna.

#### **CLÁUSULA DÉCIMA TERCERA: INDEMNIZACIÓN.**

El cliente se compromete a indemnizar y sacar en paz y a salvo, libre de daños a Noot Host, sus subsidiarias, afiliados, oficiales, agentes, asociados u otros socios y empleados, de cualquier reclamo o demanda, incluyendo honorarios de los abogados, hecha por una tercera parte debido al contenido, o surgido del contenido que el cliente presente, anuncie o transmita por medio del servicio, su uso del servicio, su conexión al



servicio, su violación a los condiciones de contratación, o su violación a los derechos de un tercero.

**CLAUSULA DÉCIMA CUARTA: SUCESORES Y CESIONARIOS.**

Ni este contrato ni los derechos de una parte bajo el presente pueden ser cedidos, ni las obligaciones de una parte bajo el presente pueden ser delegadas, sea en forma total o parcial, sin el consentimiento previo y escrito de la otra parte.

**CLÁUSULA DÉCIMA QUINTA: NOTIFICACIONES.**

Toda notificación, requerimiento, instrucción u otro documento que deba ser entregado bajo el presente contrato por cualquiera de las partes a la contraria, relativo al funcionamiento del servicio deberá ser efectuado por notificación on-line, correo electrónico, a el cliente en su domicilio y a Noot Host por correo, asimismo se deja especialmente determinado que toda notificación tendiente a recisión y/o resolución del presente contrato deberá ser notificada por medio de hosting notificación fehaciente a los domicilios consignados en el encabezado. Las partes acuerdan que todas las notificaciones practicadas en dichos domicilios serán válidas y vinculantes en relación con todos los actos referidos en el contrato, no siendo necesaria ninguna otra formalidad.

**CLÁUSULA DÉCIMO SEXTA: AUTONOMÍA DE LAS CLÁUSULAS.**

Si cualquier disposición de este contrato o su aplicación en relación con cualquier persona o circunstancia, fuese nula o no ejecutable en alguna medida, el resto del presente Contrato y la aplicación de dicha disposición a otras personas o



circunstancias, no se verán afectados y podrán ser ejecutados con el mayor alcance permitido por la Ley. Sin perjuicio de lo anterior, las partes negociarán de buena fe los términos de una disposición satisfactoria en reemplazo de la disposición nula o no ejecutable salvo que las partes discrecionalmente decidan la terminación del contrato.

**CLÁUSULA DÉCIMO SÉPTIMA: LEGISLACIÓN APLICABLE Y TRIBUNALES COMPETENTES.**

17.1. En los puntos no previsto en este contrato, así como en la interpretación y resolución de los conflictos que pudieran surgir entre las partes como consecuencia del mismo, será de aplicación la legislación de Guatemala.

En caso de conflicto, controversia o reclamo emergente de este contrato o relacionado con el mismo las partes acuerdan efectuar esfuerzos de buena fe tendientes a resolver dicha controversia.

Si las partes no lograsen solucionar la controversia cualquiera de las partes podrá someter la controversia a los tribunales ordinarios nacionales, situados en la ciudad de Guatemala renunciando expresamente a cualquier otro fuero o jurisdicción.

**En prueba de conformidad**, se firman 2 ejemplares de un mismo tenor y a un solo efecto, en la ciudad de Guatemala el seis de junio de dos mil catorce.



## BIBLIOGRAFÍA

Abogados portaley. **Contrato hosting.**

<http://www.contratosinformaticos.com/modelos/contratohosting.shtml>.

(Guatemala 27 de diciembre de 2013).

CARRION, Hugo Daniel. **Contratos informáticos.** Argentina, 2005.

<http://derecho.blogcindario.com/2005/12/00008contratosinformaticos.html>(Guatemala 26 de febrero de 2014).

DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel. **Derecho informático.** México: Ed. Aranzadi, 1993.

DURÁN RIVACOBÁ, Ramón **Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas.** México: Ed. Palestra, 2000.

GALLARDO URBINA, Jairo René. **Análisis de las cláusulas abusivas en la contratación bancaria.** Tesis inédita, 2006.

[http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04\\_5831.pdf](http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_5831.pdf). (Guatemala 27 de marzo de 2014).

GARRIGUES, Joaquín. **Curso de derecho mercantil.** 2t. España: Ed. Tecnos, 1980.

[http://es.wikipedia.org/wiki/Contrato\\_de\\_adhesi%C3%B3n](http://es.wikipedia.org/wiki/Contrato_de_adhesi%C3%B3n). (Guatemala 27 de marzo de 2014).

LÓPEZ, Berto. **Qué es un hosting web, tipos de alojamiento y cuál elegir en tu caso.** 2013. <http://www.ciudadano2cero.com/que-es-un-hosting-web-tipos-alojamiento-cual-elegir/> (Guatemala el 14 de diciembre de 2013).

MONROY RODRÍGUEZ, Juan Carlos. **Régimen de protección socio jurídica de los conocimientos tradicionales en Colombia.** Colombia: Ed. Universidad Externado de Colombia, Centro de Estudios de la Propiedad Intelectual, 2006

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** 33ª ed. Argentina: Ed. Heliasta, 2008.

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español.** 3 t. 2ª ed. España: Ed. Aranzadi, 1974.

VÁSQUEZ MARTÍNEZ, Edmundo. **Instituciones de derecho mercantil.** Guatemala: Ed. Serviprensa Centroamericana, 1978.

VICENTE Y GELLA, Agustín. **Introducción al derecho mercantil comparado.** 2ª ed. México: Ed. Nacional, 1956.



ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel. **Contratos civiles**. 2ª ed. México: Ed. Porrúa, 1985.

### **Legislación**

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

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

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