

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

**LA REGULACIÓN DE LA FIRMA ELECTRÓNICA  
EN LOS CONTRATOS DIGITALES**

**EDUARDO ANTONIO HERNÁNDEZ CARBALLO**

**GUATEMALA, OCTUBRE DE 2011**

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

**LA REGULACIÓN DE LA FIRMA ELECTRÓNICA  
EN LOS CONTRATOS DIGITALES**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva  
de la  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
de la  
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Por

**EDUARDO ANTONIO HERNÁNDEZ CARBALLO**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

Y los títulos profesionales de

**ABOGADO Y NOTARIO**

Guatemala, octubre de 2011

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

DECANO:	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. Avidán Ortíz Orellana
VOCAL II:	Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III:	Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br. Modesto José Eduardo Salazar Diéguez
VOCAL V:	Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIO:	Lic. Marco Vinicio Villatoro López

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ EL EXAMEN  
TÉCNICO PROFESIONAL**

**Primera Fase:**

Presidente:	Lic. César Augusto Conde Rada
Vocal:	Lic. Nery Augusto Franco Estrada
Secretario:	Lic. Edgar Manfredo Roca

**Segunda Fase:**

Presidente:	Lic. Dixón Díaz Mendoza
Vocal:	Lic. Eddy Augusto Aguilar
Secretario:	Lic. David Sentes Luna

**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).

## **DEDICATORIA**

- A MI PADRE CELESTIAL:** Porque sin él nada es posible.
- AL ABOGADO DE ABOGADOS:** A Jesucristo el justo.
- A MI CONSEJERO Y ASESOR:** Al Espíritu Santo
- A MI MADRE:** Por su amor y apoyo incondicional, y grande ejemplo de sacrificio.
- A MI PADRE:** Porque cuando le dije que quería ser Abogado me dijo que lo lograría. Por su persistencia en la labor de hacer de mí un hombre íntegro y con principios.
- A MI HIJO:** Eduardo Enrique, como ejemplo y motivación en mi vida
- A MIS HERMANOS:** Rosa María, América, Gustavo y Mynor.
- A MIS SOBRINOS:** Byanka, Andrea, Marcela y Alejandro, por llenar de alegría mis días.
- A MI TÍA PATY:** Con cariño especial.
- A MI AMIGA:** Sandra Letícia (Q.E.P.D.), tu cuerpo nos ha dejado, pero el astro generoso de tu vida perdurará eternamente. Gracias por haber existido y por haber sido así. Gracias por haber dado tanto.
- A MIS AMIGOS:** Yeni Marroquín, Karla Rosales, Maricela, Tulio y Claudia Martínez,
- A:** El pueblo de Guatemala por haber pagado mis estudios.

**A:**

La **Universidad de San Carlos de Guatemala**, en especial a la **Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**, por haberme acogido en sus aulas y por transmitirme los conocimientos para poder desempeñar una profesión.

<b>ÍNDICE</b>		<b>Pág.</b>
Introducción.....		i
<b>CAPÍTULO I</b>		
1. Contratos en general.....		1
1.1. Definición.....		1
1.2. Relación histórica de los contratos.....		3
1.3. Análisis jurídico doctrinario.....		6
<b>CAPÍTULO II</b>		
2. Contratos mercantiles.....		23
2.1. Obligaciones mercantiles.....		23
2.2. Perfeccionamiento e interpretación de los contratos mercantiles y prerredactado.....		25
2.3. Singularidad de los contratos mercantiles.....		27
2.4. Distinción entre contratos mercantiles y contratos civiles.....		29
2.5. Las características del contrato mercantil.....		30
<b>CAPÍTULO III</b>		
3. Contratos electrónicos.....		35
3.1. Generalidades.....		35
3.2. El comercio electrónico y los contratos electrónicos.....		36
3.3. Los contratos electrónicos.....		42
<b>CAPÍTULO IV</b>		
4. La firma digital.....		59
4.1. Definición.....		59
4.2. Características de la firma digital.....		60

	<b>Pág.</b>
4.3. Funciones legales de la firma digital.....	61
4.4. Tipos de firma.....	62
4.5. Mecanismo tecnológico.....	62
4.6. Certificados digitales.....	64
4.7. Cancelación del certificado digital.....	65
4.8. Principios de las transacciones electrónicas.....	65
4.9. Seguridad y protección en los contratos electrónicos.....	66
4.10. La firma digital en la legislación internacional.....	68

## **CAPÍTULO V**

5. La necesaria regulación del contrato electrónico.....	73
5.1. El arbitraje digital.....	73
5.2. La firma electrónica.....	79
5.3. Seguridad jurídica.....	80
5.4. Regulación del contrato electrónico en la ley guatemalteca.....	81
 CONCLUSIONES.....	 87
RECOMENDACIONES.....	89
BIBLIOGRAFÍA.....	91

## INTRODUCCIÓN

La revolución informática ha creado una serie de nuevas alternativas para la contratación mercantil, que se pueden aplicar en los contratos electrónicos y digitales en forma legal, para evitar pérdidas de tiempo y concretar los mismos por medio de la informática, la que llega a establecer modernismo dentro del sistema jurídico.

Ha surgido un nuevo paradigma basado en la revolución digital que permite la desaparición del espacio y el tiempo, y crea una incertidumbre para el derecho. El derecho de los contratos es una de las áreas que más se ve afectada con la llegada de internet, pues muchas de las concepciones tradicionales deberán cambiar para adaptarse al nuevo entorno digital que surge a fines del siglo XX e inicios del XXI. Estos cambios muchas veces confunden a juristas y a los Estados, y pueden producir un caos jurídico de no comprender las diferencias radicales que surgen entre los nuevos contratos electrónicos y los tradicionales.

Guatemala se regula por la Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas (Decreto Número 47-2008 del Congreso de la República de Guatemala), que norma la contratación por medios digitales.

La firma electrónica es aquella manera de representación y confirmación de la identidad de un sujeto en el medio electrónico. Técnicamente, es un conjunto de datos únicos encriptados (transformados en código). La firma electrónica son datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos o adjuntados o lógicamente asociados

La modernización de los contratos electrónicos tiene como fin agilizar la contratación nacional e internacional, por lo que se hace necesario legislar sobre la firma digital o electrónica, por lo el Congreso de la República de Guatemala debe regular la misma para dar seguridad jurídica a la contratación electrónica o digital.

El objetivo general de la investigación es: Demostrar que es necesario analizar la firma electrónica para hacer las reformas legales que se requieran. Los objetivos específicos

son: Determinar que se debe estudiar las ventajas y desventajas que conlleva la regulación de los contratos electrónicos; analizar la forma en que se regula la firma digital en los contratos electrónicos, para que de seguridad jurídica a la contratación por esos medios.

La presente investigación consta de cinco capítulos, el primero, trata de los contratos en general, se define y se estudia la relación histórica, además se hace un análisis jurídico doctrinario. El segundo, se refiere a los contratos mercantiles, se estudia el perfeccionamiento e interpretación de estos contratos mercantiles y los preredactados. El tercero, se desarrolla en los contratos electrónicos, sus generalidades, el comercio electrónico y los contratos digitales. El cuarto, trata sobre la firma digital sus características y funciones. El quinto, la regulación del contrato electrónico, se analiza la seguridad jurídica de la firma electrónica y su regulación en Guatemala.

Los métodos de investigación utilizados fueron: Analítico, en la investigación se utilizó para estudiar el contexto jurídico, económico y social, los contratos electrónicos digitales y la seguridad jurídica que éstos guardan en la legislación, por medio de la firma electrónica o digital; inductivo, se utilizó para procesar los datos e informaciones relativas al tema de la importancia de reorientar la evaluación y supervisión de las relaciones que existen entre los medios digitales y el derecho, en materia de contratación electrónica y su respectiva seguridad jurídica; deductivo, se utilizó para arribar a las conclusiones a través del estudio general de la firma digital en los contratos electrónicos, para llegar a conclusiones sobre cada uno de los temas tratados en el bosquejo preliminar de temas. La técnica de investigación utilizada fue la documental.

Por lo expuesto, se hace necesario regular la firma electrónica en los contratos digitales para modernizar el derecho mercantil y llegar a establecer contratos comerciales con cualquier empresa extranjera sin hacer gastos fuertes para llegar a contratar sin tener que estar presentes las partes interesadas, ya que estos contratos se hacen digitalmente.

# CAPÍTULO I

## 1. Contratos en general

Por medio del contrato se perfeccionan los negocios jurídicos, teniendo plena validez cuando el acto se formaliza con todas las formalidades de ley.

### 1.1. Definición

Eduardo Vásquez Bote, jurista especializado en derecho civil, señala: “Es el negocio jurídico por el que una o más partes crean, modifican o extinguen una relación jurídica patrimonial”<sup>1</sup>.

“La complejidad que ocurre con el concepto del contrato es como lo que pasa con algunas de las ideas más fundamentales del derecho: que, no obstante su aparente sencillez, encierran, sin embargo, una gran complejidad para lograr definirlos. Y es que, en realidad, para formarnos una idea exacta del contrato, es necesario situarnos en las principales fases de su evolución jurídica; pues no es lo mismo el concepto de esta figura en el mundo romano, por ejemplo, que el que se tenía de ella en la época liberal, y el que supone hoy día”<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Fundación Tomás Moro. **Diccionario jurídico espasa**, pág. 239.

<sup>2</sup> **Ibid.**

Para solventar estos inconvenientes, debía seguirse en la doctrina un doble sistema: o bien conseguir un emplazamiento más lógico y definitivo, por medio de un reajuste de materias, distribuyendo las mismas entre la parte general del derecho civil y la cada día más exigua teoría general del contrato, o hacer un estudio detallado y completo de la doctrina del negocio jurídico en aquella parte general y luego, al desarrollar los capítulos contractuales.

La primera posición tenía el inconveniente de la diversidad de criterios que podían seguirse, en orden al correcto emplazamiento de las diversas materias, y por ello es más lógico y está más de acuerdo con los principios el segundo sistema. Por lo que ambos sistemas llevan se consideran congruentes con la teoría general del contrato en el derecho civil.

“Prescindiendo de los tiempos anteriores al derecho de Roma, -en los que el contrato sólo se manifiesta como una solución pacífica al *causus belli* provocado por el delito- y concretándonos al mundo jurídico, se observa que el contrato, en ese Derecho, tiene una significación especial, referida a aquellos supuestos en los que el acuerdo de voluntades podía producir plena obligatoriedad. Sabido es, en efecto, que la mera convención o pacto era sólo el simple acuerdo, que por sí sólo no generaba acción ni vínculo obligatorio. Para que esta convención se transformase en *contractus* era necesaria una *causa civiles*”<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> **Ibid.**

En sí, el contrato viene a crear derechos y obligaciones a los contratantes, pues no solo uno debe cumplir con las condiciones del mismo, sino ambos tienen efectos que cumplir para que el contrato sea perfecto.

## 1.2. Relación histórica de los contratos

El derecho romano reconoció en el contrato un concurso de voluntades (*consensus*), que creaba un vínculo (*iurivinculo*) si se actuaba de acuerdo con la formalidad prescrita a la causa *civilis*. Pero la importancia del contrato se fija en el pensamiento liberal individualista, cuyo triunfo hizo posible una noción del contrato que se identifica con el simple convenio o mero concurso de voluntades, concurso que genera una fuerza maravillosa y se erige absolutamente en todos los órdenes, que está encima y más allá de la ley.

Eduardo Vázquez Bote, jurista español, señala “En el plano filosófico, el *iusnaturalismo* racionalista elevaría el contrato a fuente u origen de la sociedad, al concurrir dos tradiciones: la idea del estado de naturaleza como fase previa al estado social, y la problemática de justificar el poder del monarca absoluto por el recurso a legitimar sus poderes en una primigenia transmisión de los mismos por el pueblo al soberano (y ya fuese concebido como un *pactum unionis* o como un *pactum subiectionis*).

La época subsiguiente usó y abusó del concepto de contrato, tanto para justificar y

garantizar ciertas libertades individuales, que la burguesía ascendente deseaba asegurar, como para justificar el monarca la sujeción contra aquellas libertades que se le reclamaban. Y, aunque ya Kant llamó la atención sobre el mero valor dialéctico de tales posiciones, la doctrina imperante aceptó con posterioridad el contrato como realidad palpable, usando el concepto para explicar y justificar cualquier situación”<sup>2</sup>.

En el derecho político, el contrato se hace patente en la constitución; en el penal, la sanción será impuesta al darse la comisión del delito por falsedad material o ideológica del delito; en el internacional, el contrato se erige en fuente única del derecho internacional al ser regulado en tratados y convenciones internacionales; en el civil, el contrato explica y subsume todas las instituciones del derecho interno (matrimonio, relaciones paterno-familiares, adopción, sociedad, etc.).

En el derecho civil, respondiendo a su época, identifica el contrato como la manifestación típica, si no única, del negocio jurídico; conceptualización hoy superada. La idea del contrato como cruce de voluntades se modifica y orienta hacia su visión como yuxtaposición de intereses, acorde con una función económico-social. Los intereses de las partes no ya son opuestos, sino también vehículo de realización de un fin social superior.

El contrato, es instrumento para satisfacer intereses, pero conforme con un fin superior. No es ya el contrato expresión de concretos intereses, sino instrumento creador de

---

<sup>2</sup> **Ibid.**

relaciones unitarias en que aquéllos pueden también realizarse. Noción actual del contrato que se destaca con pensar simplemente en las contrataciones en masa, que afecta a millones de personas de un colectivo. 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. No, naturalmente, su fuerza jurídica, pues ésta se deriva de la ley. Teorías las hay para todo tipo de gustos y satisfacciones, abundando las filosóficas, bien por remisión a un quimérico pacto social, bien como resultado de apreciar un mero interés individual.

El contrato no nace a la vida como una relación común, sino que, como todo acto humano, pasa por un proceso de gestación, que afecta al fondo mismo de la relación que el contrato establece. El contrato surge a la vida cuando se exterioriza adecuadamente; pero, además, hace falta que el contrato se rija por normas jurídicas. Normalmente, las partes piensan en un contrato, para solventar una necesidad; deliberan sobre su contenido, sopesando ventajas e inconvenientes y, finalmente, suelen celebrarlo. Y esto ocurre incluso en los casos de actuación aparentemente automática.

La evolución del derecho romano posterior determinó el abandono del viejo rigorismo. La degeneración de las formas solemnes de la *sitipulatio*, la inexistencia de la antigua forma del contrato literal, la creación de la categoría de los contratos innominados, la admisión de los pactos vestidos, etc., hizo poco a poco descomponerse el sistema

cerrado de los tipos contractuales y el inicio de un camino tendente a la admisión franca de una categoría abstracta y general del contrato, que va después a recibir su fuerza obligatoria por sí mismo, independientemente de las causas anteriores señaladas.

Al llegar a la época liberal, donde, por influencia de diversos factores de tipo doctrinal y político, se caracteriza por la obligatoriedad y fuerza vinculante del contrato, nacida únicamente y exclusivamente del convenio o acuerdo de voluntades; por la soberanía absoluta del mismo en todos los órdenes de la vida transaccional privada: por la abstención del Estado frente a los diversos tipos de contratos creados por la autonomía de la voluntad; por el sentido de justicia intrínseca, puesto que solamente tenía importancia el voluntarismo contractualista.

### **1.3. Análisis jurídico doctrinario**

En la presente época parece más sensato remitirse a la sociología: la eficacia del instituto no deriva de otra causa que no sea la eficacia que las convenciones sociales implican para el hombre. Ya se acepten por motivos egoístas, por temor, por conveniencia general, hay un hecho cierto el cual es, que las sociedades, los grupos humanos, necesitan dar valor a lo acordado como modo de prevenir un mínimo de actividad cooperativa, sin la cual no es dable la vida en sociedad. Tal valor podrá ser mayor o menor, aumenta su eficacia o apreciarla en crisis; pero se

busca asegurar y proteger ese valor mediante la actuación colectiva que, con el tiempo, evita la imperativa reacción violenta que la frustración del acuerdo implica y provoca, y pueda subsistir mediante la remisión a un organismo adecuado de la función que guarda. Cuando esa actividad de cooperación se expresa por medio del derecho, es claro que el ordenamiento acepta el carácter de la autonomía privada y particular, que se expresa en convenciones y contratos, que, por tal admisión del derecho, operan como supuestos fáctico, normativamente considerados y generadores, por ello y en cuanto a ello, de relaciones jurídicas, las cuales provocan por sí mismas sus correspondientes efectos, siendo uno el carácter vinculante para las partes que en ellas han acordado.

Tal fuerza vinculante se ha manifestado de diversos modos, dando lugar a una pluralidad de sistemas de contratación. El primitivo, o religioso, aseguraba el cumplimiento mediante el temor a la intervención de lo divino, que obliga a practicar la realidad contractual con sujeción a un rito religioso, cargado de solemnidades rituales, ceremonias, que hagan su efecto de atemorizar a quien el acuerdo infrinja; rituales que se mantendrán, perdido su significado religioso, luego de una avanzada evolución jurídica.

El contrato más moderno del derecho civil es, asimismo, desenvolvimiento del anterior, en que el ritual religioso ha sido sustituido por una no menos complicada ceremonia civil, rígida en su realización, en sus manifestaciones y en su alcance. Un progreso se manifiesta con el influjo del cristianismo, quien elevando la interioridad

de la conciencia al máximo rango pudo pretender asegurar la eficacia de los contratos en el hecho de la sola convención que les da existencia, con independencia absoluta de los rituales (presentes, no obstante, en el mecanismo de capacitación de la conciencia de las partes), que facilitó la energía del contrato, al hacerle vinculante, aunque no constase su existencia. El sistema implica, no obstante, un riesgo: la dificultad en la falta de prueba y, con el temperamento de las creencias religiosas, la frustración del contrato mismo. Se abre pues, paso, a la constatación de acuerdos por medios sencillos y rápidos (exigidos por un tráfico cada vez más frecuente y extendido), constantes e indubitados (escritura, testificación, fehaciencia, incluso constatación en un registro o archivo públicos).

Actualmente pueden considerarse como criterios o principios, en que se mueve la contratación, los siguientes: a) Libertad de conclusión, b) Libertad en la determinación del contenido contractual, c) Libertad formal.

a) Libertad de conclusión. Cada persona puede o no celebrar un contrato. Hecha abstracción de los imperativos de vida y, también y cada vez más, de las situaciones de monopolio en oferta de medios para satisfacer necesidades, quien contrata lo hace porque así lo estima. Pero se produce una intervención de la colectividad por medio del Estado, bien para homologar el tráfico y evitar francos y exagerados desequilibrios, bien para imponer al monopolista de los medios de satisfacción la contratación ante la demanda. La masificación de la vida explica

que, con frecuencia, en el contrato del caso concreto deba adecuarse en su realización, a momentos, circunstancias e incluso en su realización, a circunstancias e incluso contenidos previamente determinados, en todo o en parte.

b) Libertad en la determinación del contenido contractual. Las partes pueden estipular lo que crean por conveniente. Dos límites importantes se imponen: no pueden emplear el contrato para evadir el contenido que la ley exige para esa modalidad, ni pueden usar del contrato para ir más allá de lo que la ley autoriza (por lo que son nulos los pactos que transgredan el límite). Asimismo, las nuevas modalidades contractuales pueden quedar sujetas a contenidos mínimos para cada parte (condiciones generales) o hacer depender la eficacia del contrato entero de su confección conforme a criterios legalmente fijados (contratos de adhesión).

c) Libertad formal. Por regla general, las partes determinan qué forma ha de tener el contrato, si simplemente oral, escrita en documento privado o constatado en documento público. Aunque para trascender el alcance contractual respecto de terceros es normal reclamar una difusión del mismo por su incorporación a un servicio público (ventas a plazos, etc.).

El contrato no nace si antes no se producen actuaciones previas, tratos preliminares, que tienen peculiar eficacia. Los tratos preliminares, por ser anteriores a la acción contractual, carecen de efecto de derecho y orientación que ciertamente, no ha

sufrido sensibles modificaciones entre los autores. Ahora bien, que los tratos no obliguen al contrato, no significa que sean jurídicamente irrelevantes, pues generan otros alcances, conforme al principio general de buena fe al que están sometidos.

Según el tratadista Federico Puig Peña, estudioso del derecho civil, indica: “Si los contratos han alcanzado un estadio tal, que puede estimarse razonablemente, y conforme con un entendimiento normal, que se llegaría a la celebración del contrato, quien desiste de ello sin causa justificada, debe responder de los daños causados ante la creencia de la otra parte de que el contrato nacería y por gastos realizados en función de esa misma creencia, o por otros perjuicios”<sup>3</sup>.

Esta responsabilidad precontractual plantea abundantes problemas; el primero, fijar su carácter contractual o extracontractual, o sui generis y con propias reglas. Se apunta como dominante la tesis de considerarla extracontractual, estimándose el tema de escasa relevancia, al tratarse de una cuestión de prueba y de un recto planteamiento del problema, concebido como relación jurídica de confianza, que impone recíprocas obligaciones; o considerado como expresión de dos situaciones sin conexión, que impone un deber de respeto en general de abstención, pero también en actuación positiva de lealtad, de aclaración, etc.

El derecho civil concibe la situación preliminar, oferta y aceptación, como dos

---

<sup>3</sup> Puig Peña, Federico. **Compendio de derecho civil español**, pág. 330.

momentos independientes, aunque necesarios para que surja el contrato. La oferta, como manifestación subjetiva de un contenido objetivo con un destinatario concreto (o genérico), por ser así, la doctrina y jurisprudencia suelen afirmar que no hay alcance vinculante si no hay aceptación. Pero sería absurdo admitir que quien ofrece no lo hace con intención de que se le acepte, lo que implica, al menos, la permanencia de esa oferta el tiempo necesario para ello; bien porque ese tiempo se fije por el propio oferente, bien por criterios sociales de comportamiento.

La aceptación por referirse a la oferta, reclama la correspondencia íntegra (pues, de no serlo se ofrece como contraoferta) y ser referida a la persona del oferente, expresa o, circunstancialmente, de modo tácito dentro del plazo fijado para la efectividad de la oferta; y, en su defecto, dentro del período que se estime socialmente normal. Concurriendo oferta y aceptación, surge el contrato perfecto, generando entonces sus efectos típicos.

Conforme al Código Civil español, se señala que con relación a sus clases, los diferentes contratos varían conforme a los criterios utilizados para su distinción. Quizá la más sucinta y técnica, que toma como punto de partida las modalidades de cooperación humana y sus alternativas, sea la de betti, quien distingue los contratos que tienen por fin el desarrollo de una actividad, los que tienen por meta el resultado de esa actividad ajena, y los que pretenden el aseguramiento contra un riesgo”<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Fundación Tomás Moro. **Ob. Cit.**, pág. 241.

Al constituirse en la técnica alemana la figura central del negocio jurídico, con trazos singulares y rasgos definidos que la presentaban con autonomía, tanto en su estudio como en su íntima consideración, pareció lógico que la teoría general del contrato, inserta en códigos, y tratadistas como un estudio previo a los diferentes supuestos contractuales, fuese a ir desapareciendo por perder su razón de ser y motivo de existencia.

En un primer momento se consideró esencial, como necesario para obtener el efecto contractual, la observancia de una forma especial. Más tarde se reconoció como válidamente celebrado si había ejecución por parte de uno de los contratantes a título de crédito, o mediante la transcripción de ellos en los libros de data y haber de todo *pater familias*. Por último, y como enlace con el derecho moderno, se admitió excepcionalmente que para ciertos contratos (compraventa, arrendamiento, sociedad y mandato) bastase el solo acuerdo de voluntades. De aquí los contratos verbales (*stipulatio dictio dotis, operarum iurata promissio*), cuya causa, como consistía en el empleo de las palabras prescritas en forma de pregunta y respuesta, en los que la causa consistía en la transcripción realizada en los libros como consecuencia de operaciones jurídicas libremente consentidas por las partes; reales (mutuo, comodato, depósito y prenda), que se integraban por la recepción por el deudor de la cosa a título de crédito, y consensuales, admitidos así por la especial naturaleza e importancia de la relación jurídica que se supone la compraventa, el arrendamiento, la sociedad y el mandato.

Sobre este particular, se debe en cuenta las consideraciones que a continuación se presenta.

Los hombres, en efecto, para la satisfacción de sus necesidades -tanto de orden primario como de matiz accesorio- entran en relaciones entre sí, dando vida a multiplicidad de acuerdos o convenciones que constituyen el entrecruce de toda su intensa y variada actividad; representan el exponente de la solidaridad humana, sin la cual no pueden aquéllos vivir en el trato con sus semejantes. Estas convenciones descubren la gama extraordinaria del contenido sobre el cual puede versar el trato con los demás: relaciones patrimoniales, de amistad, de favor, de complacencia, de diversión, etc.

Pero un sector de las mismas queda acotado, desde el momento en que el objeto de ellas tiene un interés jurídico. Entonces el derecho se hace ya entrando en el terreno del contrato que tiene, de momento, aquel basamento inicial-convención-y un polo especial de referencia -objeto con interés jurídico.

Muchas veces el derecho -tanto científico como legislado- se detiene ante ese umbral. Ve el contrato en eso, y no quiere seguir indagando. Si hay una convención y ésta tiene un interés jurídico, se está ante un contrato, cualquiera que fuesen los designios de las partes; bien se muevan éstos en el ámbito patrimonial, bien trasciendan del mismo para integrar relaciones de familia o incluso acuerdos de

propia sustancia pública. El antiguo código italiano decía a este respecto que el contrato era el acuerdo de dos o más personas para constituir, regular o disolver entre sí un vínculo jurídico. Y algunos autores, coincidentes en esta primera acepción, decían, que el contrato era el acuerdo de dos o más voluntades, dirigidas a producir efectos jurídicos.

Pero las insistentes investigaciones de la doctrina cuidaron de seguir describiendo trazos, para perfilar mejor la figura del contrato. Bien que éste sea una convención con un interés jurídico; pero es necesario algo más, pues este objeto con interés jurídico hay que concretarlo todavía para que se pueda obtener con precisión el propio campo del contrato. Entonces surge una expresión: la constitución de un vínculo obligatorio de carácter patrimonial. Este criterio se entronca en cierto sentido con el derecho romano, toma asiento legal en la época de la codificación y es seguido por la mayoría de los tratadistas, que tan finalmente representa la que se pudiera llamar doctrina nacional, al definir el contrato como 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 hacer.

Este criterio general de considerar el contrato como el acuerdo de constitución de un vínculo obligatorio, se ha sometido a revisión últimamente. Hoy día, en efecto, se entiende que el contrato puede ir dirigido no sólo a la creación de ese vínculo obligatorio, sino también a la modificación o extinción del mismo. El criterio es correcto y ha merecido el beneplácito de la más selecta doctrina. En efecto, el

contrato es negocio jurídico bilateral dirigido a constituir, modificar o extinguir un vínculo jurídico del contenido patrimonial o económico. Ha recibido consagración legal esta doctrina que define el contrato que es aquel acuerdo de dos o más personas para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial.

Un fino examen del basamento jurídico del contrato ha hecho ver, finalmente, que es preciso delimitar su concepto con una sugerencia especial, porque acuerdo hay en todos los actos jurídicos plurilaterales, y, sin embargo, el contrato es sólo una especie de ellos. A tal efecto se ha establecido que el contrato representa una coincidencia de intereses opuestos. Las partes tienen motivaciones diferentes, que se unen en el punto crucial del contrato. Entonces, el contrato propio sensu (en sentido propio) es el llamado acto colectivo, que se integra por una suma de voluntades concordantes o paralelas, como sucede, por ejemplo, con el acto constitutivo de una asociación. Tampoco es contrato aquellas situaciones en las cuales la norma se crea por un sujeto y las obligaciones resultantes se aceptan por otro u otros, como acontece, por ejemplo, con las subastas. La dogmática de esos actos complejos suscita modalidades interesantísimas, cada día de más acusado perfil, cuyo estudio corresponde a la parte general del derecho civil. Sólo se trata aquí su línea diferenciadora, para recoger su distinción del contrato.

A la vista de las anteriores consideraciones, se puede definir el contrato diciendo que es aquel acuerdo de voluntades, anteriormente divergentes, por virtud del cual

las partes dan vida, modifican o extinguen una relación jurídica de carácter patrimonial.

El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio, no cabe duda que procede adscribir su criterio a la tesis obligacional pura, de sabor clásico y que reduce el contrato al acuerdo de constitución de un vínculo obligatorio. Sin embargo, la técnica no estorba para admitir la concepción obligacional amplia y moderna, incluyendo contratos típicamente modificativos y extintivos

El concepto que del contrato tenía la doctrina dominante en el mundo, como consecuencia del liberalismo, ha sufrido honda crisis, puesto que se ha intentado cambiar fundamentalmente hasta los pilares y paredes maestras de la figura contractual. Porque, si bien sigue siendo la voluntad concordada la piedra angular de la construcción, sin embargo entran ahora en el concepto del contrato elementos nuevos, que le dan una particular fisonomía. La conceptualización del contrato como el entrecruce de voluntades opuestas queda, en efecto, modificada, pues que a la oposición de intereses o a la distinción de los mismos, sustituye hoy la yuxtaposición de aquéllos. Es decir, que los intereses de las partes no parecen contrapuestos y en lucha incesante de uno contra otros, aparentemente resuelta en la síntesis del contrato, sino yuxtapuestos, es decir, agrupados en un radio común: el servir a los intereses de la comunidad.

El contrato, pues, es un medio de satisfacción económica, que, como todas las instituciones fundamentales, quedan articuladas en la sociedad, para el bien común. El protagonista del contrato es ahora la comunidad; los individuos pactan, sometidos a la suprema conveniencia de ésta; los intereses se supeditan a lo que el bien común reclame, y en vez de manifestarse el contrato como expresión de apetencias particularistas, efímeramente conjugadas hay que entenderlo como fuente creadora de una relación nueva, unitaria, fecunda, inspirada por el pensamiento de comunidad, basada en principios de fidelidad y buena fe y justificada en los rigores por consideraciones de mutuo miramiento y atención inexcusable a las circunstancias accidentales.

El sistema de contratación equivale a buscar el principio supremo, a cuyo calor se han desenvuelto las transacciones; la idea cardinal, la base primordial bajo la cual se cobijan y desenvuelven los contratos reconocidos de una legislación. Todos los pueblos no tienen la misma psicología ni todas las épocas se desenvuelven bajo el mismo signo; hay un mundo de concepciones que varía de nación a nación, de era a era. Por eso cada país -y, en definitiva, cada legislación- tiene un punto de vista distinto, un criterio diferente en orden al momento formal en que puede decirse que el contrato existe. Esto da lugar a los sistemas de contratación, definidos por civilistas como los diferentes criterios con que cada legislación se determina la base fundamental a que ha de ajustarse la formación de los contratos.

Desde el punto de vista cronológico, el primer sistema de contratación que aparece en los pueblos es el rigurosamente formalista, caracterizado por la existencia de determinadas formalidades exteriores con el carácter de esenciales para la existencia y validez de los contratos. Es el propio de los pueblos primitivos, encerrando en su primera fase un sabor típicamente religioso que caracteriza a las legislaciones de los países orientales, y en su segundo momento, un matiz civil del cual son exponentes las legislaciones romana y germánica.

El derecho romano, sobre todo en la primera época, no admitió que la mera voluntad de las partes contratantes bastase en principios para engendrar una mera obligación. Era necesario que aquélla se manifestase a través de las fórmulas solemnes del contrato verbal; por medio de las transcripciones típicas del contrato literal o con el complemento de la entrega de los contratos reales. Únicamente admitió una especie de contrato (los consensuales) que, por la trascendencia e importancia de la relación, podían quedar perfectos por mera voluntad. Las convenciones que no respondiesen a estas causas civiles eran pactos nulos, desprovistos por completo de acción. Algunos de éstos, sin embargo, determinaron en su eficacia algunas consecuencias civiles (pactos vestidos), por estar agregados a contratos de buena fe (*pacta adiecta*), o por reconocimiento del derecho pretorio (*pacta praetoria*), o de las constituciones imperiales (*pacta Legitima*).

El derecho romano queda, pues, adscrito al sistema formalista civil, con las

atenuaciones que suponen los contratos consensuales y los pactos vestidos, que representan el tránsito al sistema consensual.

El derecho germánico es también predominantemente formal y simbólico en igual -o quizá mayor- intensidad que el romano. Pero los inconvenientes de este sistema saltaban a primera vista.

El formalismo iba bien, mientras las relaciones de obligación no presentaron caracteres de complejidad; pero el apretado mecanismo de la forma resultó anacrónico en cuanto se aumentaron de la vida civil. Aparte de esto, ahogaba las iniciativas de los particulares, y, en definitiva, tiranizaba la libertad del tráfico. La técnica de los pactos pretorios y de los contratos consensuales representa, un loable esfuerzo para ir abandonando la pesada carga del formalismo y orientarse hacia el principio del consentimiento. Éste, sin embargo, caracterizado porque sólo atiende al elemento interno del contrato, a la mera convergencia de voluntades, cualquiera que fuere la forma en que queda expresado, no surge de pronto; va naciendo poco a poco en la misma vida del pueblo, consciente de las desventajas del sistema anterior, y adquiere consagración legal en el derecho con la famosa Ley del Ordenamiento de Alcalá, con arreglo a la cual será valedera la obligación o el contrato que fueran hechos en cualquier manera que aparezca que por el mismo se quiso obligar a otro a hacer contrato con él. Esto es, la desaparición del formalismo, el límite del simple consentimiento.

Pero el sistema consensualista, llevado a sus extremos, también tiene sus inconvenientes, y no pequeños, pues con el amplio margen de libertad concedido se produce una verdadera inseguridad e incertidumbre en el derecho, que trae consigo la multiplicación de los litigios e imprecisión de las relaciones. Se debe considerar como un mecanismo proteccionista en una sociedad en descomposición de elementos, la mejor garantía de los actos jurídicos y el mejor reconocimiento de la libertad de las convenciones. Por lo mismo que la forma es enemiga declarada de arbitrariedad y hermana gemela de la libertad, es una valiosa garantía de los intereses públicos y privados y jamás podrá ser eliminada del derecho.

Quizá estas afirmaciones envuelvan algo de exageración; pero lo cierto y verdad es que en los tiempos modernos las legislaciones no aceptan el sistema consensualista en su forma pura, sino que se observa una vuelta a los sistemas de forma, como garantía -singularmente- de los terceros y de la seguridad del tráfico. Ello ha dado nacimiento al sistema de la forma escrita, en el cual, para evitar la imprecisión que surgiría de los contratos confiados sólo a la prueba testifical, se exige que la manifestación de la voluntad que comprobada en un cuerpo de escritura más o menos trascendente.

Este sistema recibió el favor de la doctrina, por asegurar la seriedad del consentimiento y la fijación del vínculo; pero en aquellos contratos de escasa cuantía resultaba improcedente. Además, la exigencia constante de la forma escrita podía embarazar en ocasiones la contratación.

Por esto ha surgido el llamado sistema ecléctico o moderno, propio de los códigos más recientes. Con arreglo al mismo, por regla general, los contratos quedarán perfectos por mera voluntad; pero en algunas ocasiones se exige una determinada forma de prueba, bien de solemnidad causa, bien probaciones causa.

## CAPÍTULO II

### 2. Contratos mercantiles

Estos contratos son típicos del derecho mercantil o comercial, en los cuales se regulan las negociaciones o acciones contractuales entre personas individuales y entes jurídicos dedicados al campo del mercado.

#### 2.1. Obligaciones mercantiles

Guillermo Cabanellas, al referirse a la negociación mercantil, indica “Contrato mercantil, es el peculiar del derecho de la contratación comercial o el que, común en ciertos aspectos básicos con el homónimo del derecho civil, se rige según la legislación mercantil por ser comerciante al menos uno de los que intervienen o por tratarse de actos de comercio, caracterizados por el lucro y la profesionalidad sobre todo”<sup>5</sup>.

La obligación está sujeta a un plazo, o sea el tiempo en que el deudor debe cumplirla. De acuerdo con el Código Civil cuando se omite pactar el plazo, o se dejó a voluntad del deudor fijar la duración del mismo, el acreedor tiene que recurrir a un juez competente para que lo determine (Artículo 1283 del Código Civil). Si este fuera el procedimiento que se siguiera ante las obligaciones mercantiles sin plazo, la celeridad en el cumplimiento de los contratos se vería afectada y generaría hechos

---

<sup>5</sup> Cabanellas, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Pág. 356.

negativos en el tráfico comercial, además de hacer nugatoria la característica del poco formalismo del derecho mercantil. Aquí surge una segunda especialidad de las obligaciones mercantiles: cuando se omite el plazo, la obligación es exigible inmediatamente. En concordancia con este tema, los términos de gracia y cortesía para ampliar el plazo, no existen en las obligaciones mercantiles, a menos que se pacten expresamente (Artículos 675 y 676 del Código de Comercio).

En cuanto a la mora, es la situación jurídica en que se encuentra el sujeto que no cumple con sus obligación o que no acepta la prestación que le hace el deudor, según el caso, en virtud de la exigibilidad de los respectivos vínculos. En las obligaciones y contratos mercantiles, a diferencia de lo que ocurre con el derecho civil, en donde es necesario el requerimiento, se incurre en mora sin necesidad de requerimiento bastando únicamente que el plazo haya vencido o que las obligaciones o contratos sean exigibles. Así se adquiere el status de moroso. La excepción a esta regla son los títulos de crédito y cuando hay pacto en contrario.

La retención, es la facultad que se le da al acreedor mercantil para retener bienes muebles o inmuebles de su deudor que se hallen en su poder o de los que tuviere por medio de títulos representativos, cuando al ser exigida la obligación el deudor no cumple; o bien, hasta que el deudor cumpla.

## **2.2. Perfeccionamiento e interpretación de los contratos mercantiles y prerredactado**

En cuanto a la forma, en lo mercantil los contratos se encuentran simplificados, no están sujetos para su validez a formalidades especiales. Cualquiera que sea la forma y el idioma en que se celebren, las partes quedan vinculadas en los términos en que se quisieron obligar, aunque cuando ha de surtir sus efectos en Guatemala, debe hacerse en español. Hay contratos, sin embargo, que exigen determinada solemnidad, como la escritura pública en el contrato de fideicomiso y en el de constitución de sociedad.

En cuanto al perfeccionamiento, hay cuatro teorías, a saber:

- a) Teoría de la declaración
- b) Teoría del conocimiento
- c) Teoría de la expedición
- d) Teoría de la recepción.

- a) Teoría de la declaración: el contrato se perfecciona cuando se exterioriza la aceptación. Parte del sujeto aceptante, cuya aceptación puede exteriorizarse en forma verbal, escrita o tácita;
- b) Teoría del conocimiento: el contrato se perfecciona cuando el oferente tiene conocimiento de la aceptación. Parte de la opción del oferente;

- c) Teoría de la expedición: El contrato se perfecciona cuando el aceptante expide su declaración de acepto, pero se consigue cuando la declaración es por escrito;
- d) Teoría de la recepción: El contrato se perfecciona cuando se recibe la aceptación por parte del oferente aunque no lo conozca, lo que supone que tiene que ser por escrito y en sobre cerrado, en el caso de las entregas con aviso de recepción.

Al igual que los civiles, los contratos mercantiles se perfeccionan por el consentimiento de las partes, que se produce por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa del contrato.

En cuanto a la interpretación: se indica que cuando hay insuficiencia en la ley mercantil, se aplicará la civil observando siempre que por la naturaleza del tráfico comercial deberá tomarse en cuenta los principios que son básicos para que tanto las relaciones objetivas que norma como las leyes que lo rigen, se adecuen perfectamente a los principios filosóficos establecidos en el “Artículo 669 del Código de Comercio (buena fe guardada, verdad sabida)”.

En cuanto al contrato prerredactado: Se considera que esta modalidad de contrato es más susceptible de darse en el campo mercantil, es también llamado contrato por adhesión, que son producto de la negociación en masa, elaborados en serie, sometidos a las leyes de una estandarización rigurosa, que por un proceso de tipificación contractual reduce el ánimo y esfuerzo de las partes y también la pérdida

de tiempo.

Se deben distinguir dos características que disciplinan el contrato por adhesión:

1. Se Interpretan en caso de duda en sentido menos favorable de quien preparó el formulario;
2. Cualquier renuncia de derecho tiene validez si en la redacción del documento aparece en caracteres tipográficos.

### **2.3. Singularidad de los contratos mercantiles**

La forma del contrato hace referencia al modo como se manifiesta o declara la voluntad de las partes, y por ende, como se perfecciona el contrato; la voluntad debe exteriorizarse de algún modo, verbal, escrito, o en ocasiones por medio de facta concludentia. En el derecho mercantil rige el principio de libertad en la elección de la forma, a menos que para contratos determinados el Código o Leyes especiales indiquen formas o solemnidades necesarias.

El contrato entre ausentes, cuando geográficamente oferente y aceptante están separados, que se perfecciona eligiendo entre cuatro momentos distintos:

- Declaración de la aceptación;
- Emisión de ésta al oferente;
- Recepción por éste de la aceptación;

- Conocimiento por el oferente de la aceptación.

El Código Civil se inclina por el último, mientras que el de Comercio por el primero al afirmar que los contratos se perfeccionan desde que se contesta la propuesta por correspondencia.

El perfeccionamiento de los contratos mercantiles, al igual que los civiles: los contratos mercantiles se perfeccionan por el consentimiento de las partes, que se da por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa del contrato. Pese a esta coincidencia, en la perfección de los contratos mercantiles concurren algunas singularidades, que se exponen a continuación:

- a) La forma del contrato es libre, carente de solemnidades como lo regula el Artículo 671 del Código de Comercio.
- b) Se refiere a los contratos estipulados entre ausentes, personas que se encuentran a distancia (contrato por teléfono o fax). Para resolver el problema de cuándo se perfeccionan estos contratos, debe elegirse entre cuatro momentos: declaración de la aceptación; emisión de ésta al oferente; recepción por éste de la aceptación; o conocimiento por el oferente de la aceptación. Mientras que en el derecho civil elige el último momento para reputar perfecto el contrato entre ausentes, el Derecho mercantil se inclina por el primero.

## **2.4. Distinción entre contratos mercantiles y contratos civiles**

La diferencia que existe entre los contratos mercantiles y civiles, es que el primero se relacionan con el comercio o negocio de origen mercantil o comercial, y se regula por el Código de Comercio, mientras que los contratos civiles se refieren a las obligaciones y derecho entre las personas individuales o jurídicas.

- a. El perfeccionamiento del contrato mercantil: La prestación, entrega o abstención debida por el deudor o exigible por el acreedor cuando constituye acto de comercio. Sin duda para demostrar su carácter práctico, a tenor del de los comerciantes, el legislador mercantil no se entretiene en establecer una teoría legal de las obligaciones mercantiles. Tanto el Código de Comercio Argentino como el Español se remiten, en los primeros preceptos que a los contratos dedican, a los principios generales relativos a ellos y a las obligaciones establecidas en el derecho civil o en el derecho común, respectivamente.

Según Edmundo Vásquez Martínez, estudioso del derecho mercantil, al referirse a las obligaciones, indica: "Obligación significa vínculo jurídico que liga dos o más personas en virtud del cual una de ellas queda sujeta a realizar una prestación a favor de la otra acreedor, para la satisfacción de un interés de éste digno de protección; y a éste acreedor le compete un correspondiente poder (llamado

derecho de crédito) para pretender tal prestación.”<sup>6</sup>.

Para el Código Civil toda obligación resultante de un acto de declaración de voluntad consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa. La obligación impone cierto comportamiento o conducta que asume el nombre técnico de prestación y su contenido puede consistir en un dar, un hacer o en un no hacer, que es aplicable al campo mercantil pues desde un punto de vista jurídico-estructural no puede haber diferencias entre obligaciones civiles y mercantiles. Básicamente la nota diferencial entre éstas radica en que las mercantiles surgen en las relaciones a que da lugar el ejercicio de una empresa. Son el instrumento o vehículo de la circulación de los bienes y de la organización de los elementos de la producción.

## **2.5. Las características del contrato mercantil definir**

- a) Es un contrato de cambio que procura la circulación de la riqueza dando una cosa por dinero (Artículo 1790 del Código Civil). Porque el vendedor transfiere la propiedad de una cosa y se compromete a entregarla, y el comprador se obliga a pagar el precio en dinero.
  
- b) Es un contrato consensual, ya que se perfecciona por el mero consentimiento. El Código Civil lo expresa al disponer que: "el contrato de compraventa queda perfecto entre las partes desde el momento en que convienen en la cosa y el

---

<sup>6</sup> Derecho Civil. Pág. 56.

precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado". (Artículo 1791 del Código Civil). Porque con el simple consentimiento de las partes se perfecciona la negociación.

- c) Es un contrato oneroso, puesto que supone equivalencia entre las prestaciones del comprador y del vendedor.
- d) Es un contrato bilateral, desde luego que produce obligaciones recíprocas entre las partes (Artículos 1791, 1809 y 1825 del Código Civil).
- e) Es un contrato generalmente conmutativo, pues representa una ventaja o beneficio por lo regular cierto.
- f) Es un contrato traslativo de dominio, en el sentido de que sirve por si solo para la transferencia de la propiedad. El Artículo 1790 del Código Civil dice que: el vendedor transfiere la propiedad.
- g. Objeto del contrato mercantil: En lo mercantil, el objeto más frecuente y típico de la compraventa es la mercadería, entendiéndose por tal los bienes muebles en cuanto forman el objeto del tráfico mercantil. Es preciso también tener en cuenta que el Código de Comercio al referirse a las cosas mercantiles enumera a título de ejemplo y como expresamente regidos por él: los títulos de crédito, la empresa mercantil y sus elementos, las patentes de invención y de modelo, las

marcas, los nombres, los avisos y los anuncios comerciales (Artículo 4o. del Código de Comercio). De consiguiente, otras cosas que no son mercaderías constituyen también el objeto de la compraventa mercantil, de tal manera que puede decirse que toda cosa mueble o inmueble, corporal o incorporeal, fungible o no fungible, puede ser objeto de compraventa mercantil si se vende o se compra en el ejercicio de una explotación mercantil y no se trata de cosas inalienables. En otras palabras, todas las cosas que se compran o se venden en el ejercicio de una empresa mercantil, son cosas mercantiles objeto del contrato de compraventa mercantil.

Dentro de las cosas que pueden ser objeto de la compraventa mercantil se han mencionado a la empresa y sus elementos. Lo que caracteriza a la venta de una empresa es que, además de la enajenación de todos los bienes que la componen, provocará la sucesión en sus contratos, así como la cesión de sus créditos en favor del adquirente. El régimen de transmisión de la empresa mercantil lo establecen los Artículos 656 y siguientes del Código de Comercio.

El contrato de compraventa mercantil se extingue por las mismas causas que los contratos en general: por rescisión voluntaria mediante mutuo consentimiento o por declaración judicial en los casos que establece la ley, y por resolución (Artículos 1579 a 1582 Código Civil). Tanto la rescisión como la resolución producen los mismos efectos, las cosas vuelven al estado que tenían antes de celebrarse el contrato, es decir, que los contratantes deben restituirse lo que respectivamente

han recibido: el comprador devuelve la cosa y el vendedor el precio (Artículos 1583 y siguientes, Código Civil).

En conclusión, los contratos mercantiles rigen el comercio entre las personas individuales o jurídicas, procurando que las transacciones comerciales se establezcan con la mayor veracidad y que los acuerdos o convenios entre los contratantes se cumplan conforme las obligaciones que han adquirido.

## **CAPÍTULO III**

### **3. Contratos electrónicos**

La modernización y avance de los contratos mercantiles han llegado a perfeccionarse por medio del contrato electrónico, en el cual no es necesaria la presencia de los contratantes ya que se perfeccionan por medio de claves.

#### **3.1. Generalidades**

Hoy en día nadie puede negar el impacto que produjo la revolución informática en todos los campos de la actividad humana. Los usos y costumbres sociales se vieron afectados por este desarrollo vertiginoso de los medios de comunicación originándose a su vez situaciones nuevas que ni las propias leyes habían previsto.

Dentro del ámbito del derecho, el ser humano ha creado una nueva posibilidad para realizar, negocios jurídicos, a través de la utilización de medios electrónicos y digitales para la conformación de actos con carácter de contratos, lo cual produce un cambio radical a las percepciones y doctrinas que han regido siempre para los contratos tradicionales, un nuevo paradigma basado en la revolución digital que permite la desaparición del espacio y el tiempo, pero crea una incertidumbre legislativa.

Dentro del ámbito de los contratos, el ser humano ha creado una nueva posibilidad

para realizar estos negocios jurídicos, a la utilización de medios electrónicos y digitales para la conformación de actos con carácter de contratos, lo cual produce un cambio radical a las percepciones y doctrinas que han regido siempre para los contratos realizados en el mundo atómico. Ha surgido un nuevo paradigma basado en la revolución digital que permite la desaparición del espacio y el tiempo, y crea una incertidumbre para el derecho. El derecho de los contratos es una de las áreas que más se ve afectada con la llegada de Internet, pues muchas de las concepciones tradicionales deberán cambiar para adaptarse al nuevo entorno digital que surge a fines del siglo XX e inicios del XXI. Estos cambios muchas veces confunden a juristas y a los Estados, y pueden producir un caos jurídico de no comprender las diferencias radicales que surgen entre los nuevos contratos electrónicos y los tradicionales.

### **3.2. El comercio electrónico y los contratos electrónicos**

El comercio electrónico internacional se realiza por medio digitales para hacerlo de mayor agilidad, por lo que los contratos electrónicos se regulan por leyes y convenios internacionales aprobados por la Organización Mundial del Comercio (OMC).

1. El comercio electrónico: Brayan Pfaffenberger, uno de los primeros analista de la contratación por medios electrónicos, señala: “La primera computadora programable llamada ENIAC (Electronic Numerical Integrator and Computer) en 1946, representa el inicio de una nueva era, cuya evolución es mucho más rápida

y constante que la de su antecesora industrial. Esta nueva era, obtiene su mayor impulso, cuando en 1969, el Departamento de Defensa de los Estados Unidos crea un sistema de redes de computadoras interconectadas con fines militares, la cual llamó ARPANET (Army Paradigm Internet) y que posteriormente se convertiría en Internet. Internet se comercializa en beneficio del público a inicios de la década de los noventa, lo cual termina de crear un nuevo mundo digital en donde las actividades humanas parecen para muchos encontrarse fuera de toda posibilidad de regulación para los Estados”<sup>7</sup>.

El principal motor de esta economía digital es el comercio electrónico, el cual ha sido definido por varios organismos internacionales de tal forma que crea un marco que facilita comprender cuales son entonces los contratos electrónicos. La Organización Mundial de Comercio (OMC), define al comercio electrónico como “la producción, mercadeo, ventas y distribución de productos y servicios vía redes de telecomunicaciones y siete principales instrumentos: a- teléfono, b- fax, c- televisión, d- pagos electrónicos, e- transferencia electrónica de fondos, f- EDI (Electronic Data Interchange), g- Internet”<sup>8</sup>.

Por su parte, las Organización de las Naciones Unidas, (ONU) propone varios conceptos relevantes en la guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de Comercio Electrónico de 1996. Si bien es cierto que en la Ley en sí, no se

---

<sup>7</sup> Pfaffenberger, Bryan. **Internet in plain English**. Pág. 112.

<sup>8</sup> **Ibid.**

propone una definición del comercio electrónico, en la guía mencionada, se explica que entre los medios de comunicación recogidos en el concepto de comercio electrónico cabe citar las siguientes vías de transmisión basadas en el empleo de técnicas electrónicas: la comunicación por medio del EDI (Electronic Data Interchange) definida en sentido estricto como la transmisión de datos de una terminal informática a otra efectuada en formato normalizado; la transmisión de mensajes electrónicos utilizando normas patentadas o normas de libre acceso; y la transmisión por vía telefónica de textos de formato libre, por ejemplo, a través de la Internet. La noción de comercio electrónico también puede ser utilizada para referirse al empleo de técnicas como el télex y la telecopia o fax. Como se puede analizar, ambas concepciones del comercio electrónico ofrecen un panorama en el cual, para que se le otorgue el carácter de electrónica a una actividad comercial, dicha actividad puede ser realizada por varios medios, dentro de los cuales Internet no es el único. Es por ello que, un contrato realizado vía fax, es un contrato electrónico, al igual que un contrato vía télex, por teléfono o por televisión entre otros.

Pero no es sino con los contratos digitales, que surge una nueva problemática para el derecho y es por ello que resulta necesario realizar un análisis más a fondo acerca de éste tipo de contratos electrónicos específicos.

2. Los contratos digitales y el ciberespacio: El ciberespacio comprende todo sistema de redes computacionales, ya sean propietarias o públicas. En el ciberespacio se

desarrolla: el primero, son las comunicaciones vías EDI y segundo, el Internet.

La importancia que se otorga a las operaciones digitales son: a) Que las operaciones se realizan por vía electrónica o digital, b) Que se prescinde del lugar donde se encuentran las partes, c) Que no quedan registros en papel, d) Que la importación del bien no pasa por las aduanas (en el comercio electrónico directo), e) Que se reducen drásticamente los intermediarios, f) Que se efectivizan más rápidamente las transacciones (compresión del ciclo transaccional).

a- Que las operaciones se realizan por vía electrónica o digital: En una economía digital, el comercio electrónico renace, y adquiere importancia vital para el desarrollo del comercio mundial. El fax y los otros medios electrónicos, no proporcionan la facilidad que el mundo virtual que Internet ofrece. Sin embargo ninguna legislación del tema debe obviar la utilización de estos otros medios, pues también muchas operaciones comerciales se realizan de esta manera, sin que exista una clara regulación al respecto.

b- Que se prescinde del lugar donde se encuentran las partes: La utilización de medios electrónicos en las comunicaciones con fines comerciales, se realiza con los sujetos en lugares distintos, tanto a nivel nacional como internacional. Al encontrarse con sujetos en distintas localizaciones geográficas, surge el problema

de cuál jurisdicción será la apropiada para regular la transacción comercial, lo que debe resolverse por las reglas del derecho internacional privado.

c- Que no quedan registros en papel (p.e. facturas): Depende del sistema que se utilice, el soporte en papel no existirá. En los envíos de faxes, es muy obvio que al menos se cuenta con la prueba impresa de que se envió el documento, y la otra parte recibe directamente la comunicación en papel, por lo que no se aplicaría esta característica. Sin embargo, como ya se ha explicado, en la era digital el papel pierde importancia aunque esto no significa que su utilización haya desaparecido. Se está cambiando de una economía de papel a una digital, en donde los documentos serán seguros aún que no se encuentren impresos (seguridad documental informática). Se está en un período en el que los contratos digitales reemplazan a los contratos en papel, con la consiguiente consecuencia de reducciones de costos y mayor eficiencia en las empresas. Una vez digitalizada la información, ésta puede ser reproducida ilimitadamente y enviada simultáneamente a grandes distancias y diferentes destinatarios

d- Que la importación del bien no pasa por las aduanas (en el comercio electrónico directo): Para comprender esto, es necesario saber que el comercio electrónico directo es en el cual se envían los productos directamente por Internet. Es clara la referencia a un envío de software directo, o a venta de información, la cual no debe pasar por ninguna frontera geográfica, sino que se realiza dentro del ciberespacio. No es siempre que esto se produce, pues los productos muchas

veces deben ser enviados materialmente, por sus características individuales, por lo que no se puede decir que esta característica sea generalizada en el comercio electrónico.

- e- Que se reducen drásticamente los intermediarios: Esto solamente se produce en el ámbito de Internet, pues se produce un análisis del comercio electrónico más enfocado a lo que es un mercado abierto de oferta y demanda, aunque en las relaciones comerciales vía EDI entre empresas también puede decirse que al existir un contacto directo de sus comunicaciones, se prescinde de la necesidad de los intermediarios. Sin embargo, es Internet, el ámbito en el cual cambia la perspectiva tradicional en cuanto a la necesidad de los intermediarios. Las empresas pueden ofrecer directamente sus productos o servicios, y los tradicionales distribuidores desaparecen. Pero, no se debe obviar que nacen nuevos intermediarios (**reintermediación**), que ofrecen seguridad y confianza en las transacciones (como las Autoridades Certificadoras), o que permiten difundir el ofrecimiento del producto a un mercado general (las empresas con máquinas de búsqueda). Se fortalecen las VANS (Value Added Networks) que son una tercera parte, que ofrece servicios de seguridad, en el envío de comunicaciones electrónicas
- f- Que se efectivizan más rápidamente las transacciones (compresión del ciclo transaccional): La distancia entre las partes, no influye en la velocidad en la cual las comunicaciones son enviadas y recibidas. Se crea un entorno en que el tiempo se reduce drásticamente y el comercio encuentra un nuevo espacio para expandirse. En muchos casos, ya no existe diferencia entre el comercio nacional

y el internacional.

Los Estados ven un nuevo mundo en el cual se les dificulta aplicar su normativa. Una transacción, se realiza igual entre sujetos de un mismo país, que entre individuos en distintas regiones mundiales. El tiempo y el espacio de la transacción se disminuyen radicalmente o incluso desaparecen, llevando a la necesidad de la búsqueda de seguridad ante el riesgo de la existencia de una anarquía total.

### **3.3. Los contratos electrónicos**

Hoy en día nadie puede negar el impacto que produjo la revolución informativa en todos los campos de la vida humana; la ciencia del derecho en respuesta de esta realidad tiene que dar nuevas reglas para evitar que se produzcan daños y abusos en aquellas relaciones comerciales que día a día se realizaron en la red. Por lo tanto cabe, delimitar cual es el campo de la informática y el derecho en cuanto a la contratación.

Pablo Palazzi, dedicado al estudio del comercio por medios electrónicos, indica: “Dentro del derecho informático se encuentra la contratación informática que es aquella cuyo objeto es un bien o servicio, informático o ambos; y la contratación electrónica es aquella con independencia de cual, sea su objeto, que puede ser también la informática aunque no necesariamente, se realiza a través de los medios electrónicos.

Es decir, los contratos electrónicos son aquellos para cuya celebración el hombre se vale de la tecnología informática pudiendo consistir su objeto en obligaciones

de cualquier naturaleza”<sup>9</sup>.

- a. Definición de contratos electrónicos: Palazzi, al referirse a los contratos electrónicos, señala: “Los contratos son actos jurídicos que son celebrados por dos o mas partes para cual, modificar, regular o extinguir una relación jurídica patrimonial. La diferencia con los contratos electrónicos es que estos se realizan sin la presencia física simultánea de las partes, prestando su consentimiento, por medio de equipo electrónico de tratamiento y almacenaje de datos conectados por medio de cable, radio, medio óptico o cualquier otro medio en la contracción”<sup>10</sup>.
- b. El consentimiento para perfeccionar el contrato electrónico: Debe entenderse por consentimiento como el acuerdo de voluntades la cual debe ser declarada por las partes para lo que se requiere que estén totalmente de acuerdo sobre la celebración del contrato de acuerdo en los términos del mismo.

Sandro Sumaran, analista del contrato electrónico, señala: “El consentimiento no es creado por la declaración del oferente y que cobra eficacia en virtud de la declaración, si no que el contrato no existe antes que se produzca el consentimiento, de tal manera que la aceptación, de la oferta no es un asentimiento (declaración unilateral) si no la declaración conjunta. La formación del consentimiento se da con la exteriorización suficiente que permita que la voluntad sea clara e inteligiblemente

---

<sup>9</sup> Palazzi, Pablo. **Comercio electrónico y MERCOSUR**. Pág. 246.

<sup>10</sup> **Ibid.**

conocida, no importa cual es el medio elegido, dicho medio puede ser electrónico”<sup>11</sup>.

La contratación electrónica se caracteriza por la contratación a distancia o sin presencia física simultánea de los contratantes.

La Ley Española en su primera propuesta da por concluido un contrato electrónico cuando el receptor del servicio ha confirmado la recepción del acuse de recibo que el prestador del servicio ha hecho de su aceptación. De esta forma se requieren los siguientes pasos para dar por concluido el contrato: 1) Una oferta, 2) al llenar el formulario, 3) un correo electrónico.

- 1) Una oferta hecha por la web
- 2) Al llenar el formulario y hacer Clic en acepto la compra, el contrato es aceptado.
- 3) Un correo electrónico automático es enviado al oferente a modo de acuse de recibo.

En caso de la revocación, cabe solo antes que sea aceptada la oferta. En las contrataciones electrónicas las declaraciones contractuales no pueden considerarse conocidas cuando llegan a la dirección del destinatario, ya que la función que cumple la dirección del destinatario es probar la posibilidad en la que se encuentra el destinatario de conocer desde el momento de su recepción.

La contratación electrónica se caracteriza por la ausencia de las partes en la perfección del negocio, aunque no en términos absolutos, debido a que el tiempo transcurrido entre la oferta y la aceptación puede llegar a ser muy reducido lo que

---

<sup>11</sup> Sumaran, Sandro. **Introducción a la contratación electrónica**. Pág. 120.

hace más parecida a una contratación entre presentes, por lo que el contrato se perfeccione en el momento que el aceptante de la oferta reciba acuse de recibo de su aceptación por parte del oferente.

c. Los principios básicos en la contratación electrónicos son: 1) Principio de la buena fe,

2) Principio de autonomía privada.

1. Principio de la buena fe Tiene dos sentidos: a) buena fe subjetiva: es la contención con que obran las personas o la ciencia con que lo hacen. b) buena fe objetiva: juzga la conducta del individuo a base si se ajusta a las reglas admitidas acerca de lo que es recto y honesto.

La diferencia radica en que la primera es una conducta que se impone al sujeto y la segunda es fruto de una creencia. La subjetiva traduce la atribución de derechos y la objetiva por la imposición de deberes.

Luis Diez Picazo, al referirse a las obligaciones de los participan en la acción contractual, indica: “Este principio da lugar a los siguientes deberes de los contratantes:

- Deber de información: deberán mantenerse recíprocamente informados de todas las circunstancias del negocio, es decir, con los mayores elementos de juicio que les permite tomar una decisión acertada en el momento de optar la celebración del contrato tales como las condiciones, peligrosidad de la prestación, causas de incumplimiento, etc.

- Deber de Secreto, obligación de no divulgar los hechos que han sido conocidos a causa de los mas rotativos y cuya difusión puede ser perjudicial, por ejemplo la confidencialidad al otro sobre su situación patrimonial hablamos aquí de la seguridad de los datos personales.
  - Deber de exactitud, que sus declaraciones correspondan a sus respectivos voluntades.
  - Deber de investigación, deben cerciorarse respecto a la identidad de la contraparte, así mismo en el caso que alguno de los contratantes actué por representación debe el otro verificar si el poder que goza la autoriza para celebrar el contrato a representación legal en caso de incapaces.
  - Deber de claridad, las informaciones que se intercambian sean perfectamente inteligibles y no se presten a una mala interpretación”<sup>12</sup>.
2. Principio de autonomía privada: Es una facultad concedida por el Estado a los particulares, éste les confiere la potestad normativa de autorregularse y reglamentar sus intereses jurídicos generando una relación obligacional entre las partes contratantes.

Los particulares ejercen su autonomía privada a través de dos libertades o derechos:

- Libertad de contratar; aquella que tiene el particular para decidir autónomamente si contrata o no y con quien.

---

<sup>12</sup> Diez Picazo, Luis. **El contrato en general**. Pág. 141.

- Libertad contractual ó de configuración interna; aquella por la cual las partes fijan el contenido de su contrato, pudiendo ejercerla ambas partes o solo una de ellas en el caso de los contratos por adhesión.
- La potestad que otorga la autonomía privada, no es un poder independiente, en cuanto que el ordenamiento jurídico regula su ejercicio estableciendo limitaciones. Ya que es el Estado quien concede esta facultad, es él quien mediante el intervencionismo estatal afecte alterando ó modificando los contratos privados. Los límites antes referidos a los cuales está sujeta la autonomía privada vienen instrumentados técnicamente en la ley a través de los requisitos del acto jurídicos para su validez y eficacia, objeto físico y jurídicamente posible, agente capaz, un lícito y observancia de la forma.

Los contratos electrónicos en la modernización contractual: Se ha analizado la importancia del ciberespacio y la dificultad que ofrece para los Estados el regular las actividades que en él se realicen. Es aquí en donde se debe estudiar entonces cuales son algunos de los contratos electrónicos más importantes que se presentan como operaciones de comercio electrónico, y que representan nuevas complicaciones para las potestades jurisdiccionales de los Estados, en donde muchas veces se confunden con tradicionales contratos de compraventa:

- EDI (Electronic Data Interchange): Sandro Sumaran, hace un poco de historia sobre el contrato electrónico e indica: “Desde la década de los 70, las transacciones vía EDI, han sido utilizadas como una forma ágil y automatizada

para las relaciones comerciales entre las empresas que favorecen la producción “just in time”. Puede definirse a las comunicaciones vía EDI, como el intercambio entre computadoras de información negocial, en formatos estandarizados. Mediante el EDI las interacciones entre las partes tienen lugar por medio de aplicaciones informáticas que actúan a modo de interfaz con los datos locales y pueden intercambiar información comercial estructurada. Con su utilización, se permite a las compañías desarrollar un procesamiento automatizado de datos, el cual genera, transmite, recibe y procesa información electrónicamente, en substitución de los tradicionales documentos en papel”<sup>13</sup>.

Las computadoras son programadas para contactarse entre sí y negociar acuerdos comerciales, lo cual genera un cambio en la forma de realizar las actividades de naturaleza mercantil. EDI permite un cambio en el enfoque de las empresas, se automatizan las operaciones y se reduce la utilización de materiales. El EDI sustituye el soporte papel de los documentos comerciales más habituales (órdenes de compra, remito, factura, lista de precios, etc.) por transacciones electrónicas con formato normalizados y acordados previamente entre los usuarios del servicio. Este servicio, a diferencia del correo electrónico, relaciona aplicaciones informáticas que residen en las computadoras de las distintas empresas. Por lo tanto, el intercambio de información se realiza entre aplicaciones informáticas y no entre personas.

---

<sup>13</sup> Sumaran Sandro. **Ob. Cit.** Pág. 342.

Amelia Boss, promotora del intercambio entre Estados en la promoción de los contratos electrónicos, señala: “La versatilidad generada por EDI, ha determinado que los gobiernos y las corporaciones utilicen el intercambio electrónico de datos entre sí. Los beneficios concretos que se adquieren con la utilización de EDI, son el aumento en la velocidad de las comunicaciones, se reducen los errores en el intercambio comercial de datos, se reduce la necesidad de documentos de papel, y se eliminan los procedimientos repetitivos en la administración de los negocios. Es por ello que EDI visto a escala internacional, es un facilitador de la economía global, pues al transmitirse la información electrónicamente en símbolos y códigos estandarizados, se crea un lenguaje universal para el comercio. Se reducen entonces las distancias y el tiempo, además de que caen las barreras territoriales y de lenguaje. Sin embargo, ante la ausencia de normas y legislación referente a las transacciones electrónicas, las compañías se vieron en la necesidad de crear sus propios acuerdos o convenios para la utilización de EDI en sus relaciones comerciales. Estos acuerdos de intercambio de información o trading partner agreements, son contratos privados entre socios comerciales, que definen una estructura tecnológica y legal de reglas, que aseguran la legitimidad y validez de las operaciones electrónicas que entre ellas realizan”<sup>14</sup>.

Esto demuestra, que las transacciones vía EDI, son hoy en día una de las más avanzadas formas de ciber-contratación.

---

<sup>14</sup> Boss, Amelia. **Intercambio de datos electrónicos**. Pág. 239.

Un factor importante para el uso de EDI en el comercio electrónico ciberespacial, es la estandarización de los formatos y la estructura de los datos. En las telecomunicaciones, los estándares permiten la interoperabilidad entre los diferentes equipos de cómputo de las empresas. Son en sí protocolos referidos a la forma en la cual deberá ser enviada la información. En la actualidad EDI utiliza tres tipos de estándares: Los propietarios, los industriales y los públicos.

Los estándares propietarios, fueron desarrollados por cada compañía para sus comunicaciones; los estándares industriales, son utilizados por las empresas de una rama específica de la industria, para el envío de información y solicitudes comerciales. Algunos de estos son UCS, VICS, TDCC y ODETTE. Por último están los estándares públicos, los más importantes a nivel internacional. Durante los últimos 20 años, la tarea de encontrar uniformidad en la visión de cada rama industrial y cada país con relación a la estandarización de los documentos electrónicos comerciales de EDI, ha sido compleja. Sin embargo, las Naciones Unidas, han formulado, lo que quizás sea la más importante estandarización pública EDI, la cual es denominada UN/EDIFACT (United Nations Electronic Data Interchange for Administration, Commerce and Transport).

El UN/EDIFACT, fue desarrollado por las organizaciones internacionales y Estados miembros de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa (UN/ECE) conocida como WP.4, la cual pospuso la aprobación del estándar TDI propuesto a la Organización de Estandarización Internacional (ISO), a fin de investigar la viabilidad

de combinar los estándares europeos y americanos que se estaban desarrollando. La coordinación intercontinental se inicio en 1986 y se llegó a la creación de UN/EDIFACT.

Amelia Boss, señala: “La implementación y las guías para el diseño de mensajes fueron endosadas por ISO en un periodo récord de 18 meses, en 1987, normas hoy contenidas en la Resolución ISO 9755. Un Directorio de Intercambio de Datos de las Naciones Unidas también fue aprobado como ISO 73725. Básicamente, las normas EDI proporcionan las reglas de sintaxis que definen los documentos electrónicos estructurados, pero si bien por razones históricas, en diferentes dominios regionales o sectoriales se utilizan otras reglas de sintaxis (no normalizadas), EDIFACT es la única sintaxis normalizada. Cabe resaltar la importancia de los sets o conjuntos de transacciones, los cuales son las actividades de órdenes de pago o compra entre las computadoras. Los grupos de transacciones definen los tipos de datos que las específicas transmisiones deber tener además del formato en el que los datos aparecen. Estos equipos de transacción funcionan como los documentos de papel convencional mediante los cuales se realizan operaciones comerciales (órdenes de compra por ejemplo). Debe destacarse que el EDI respeta la autonomía de las partes involucradas, no impone restricción alguna en el procesamiento interno de la información intercambiada o en los mecanismos de transmisión. EDI es un contrato, que podríamos llamar de naturaleza electrónica. Nace y se desarrolla en un medio electrónico, y solamente con una infraestructura computacional, tecnológica y de telecomunicaciones puede realizarse. Es cierto que las partes contratantes, deciden

realizar transacciones de compras y ventas de mercancías y/o servicios, pero por sus características individuales, EDI es distinto a un contrato de compraventa. El contrato entre los trade partners en el cual se deciden a utilizar EDI, cubre además de los puntos referentes a la tecnología a utilizar entre las partes, también los criterios legales, que ayudarán eventualmente a un juez para determinar la validez jurídica de las cláusulas y de la relación. Debe existir un respeto a la autonomía de las partes”<sup>15</sup>.

- Shrinkwrap y Webwrap (acuerdo digital y clave digital): De acuerdo con la doctrina internacional sobre contratos digitales y electrónicos, que resulta necesaria para el análisis del tema, el término Shrinkwrap hace referencia a un acuerdo de licencia de uso, sin firmar, el cual estipula que la aceptación por parte del usuario de los términos, se presenta en el momento de abrir el empaque shrinkwrap, u otro empaque del software, por el uso del software, o por otro mecanismo especificado. En palabras más sencillas, un acuerdo shrinkwrap, son aquellos acuerdos de licencia de uso, que traen consigo los productos de software que se adquieren. Tradicionalmente éste acuerdo expresa que al romper éste empaque shrinkwrap, se aceptan los términos aquí contenidos. Hay otras maneras de acordar la aceptación de la licencia de uso, entre las cuales se puede mencionar la aceptación de las condiciones que aparecen en el monitor de la computadora a la hora de instalar el software, o el acuerdo que viene adjunto al soporte físico del software, en donde se establecen las cláusulas.

---

<sup>15</sup> **Ibid.**

Las compañías dedicadas al mercado de la computación, han elegido como norma común entre ellas, el otorgar estas de licencia de uso, en vez de realizar simples contratos de compraventa, por varias razones. Al ser la compraventa un contrato traslativo de dominio, el dueño puede disponer libremente del bien, por lo que se posibilitaría una reproducción ilimitada del producto, el cual podría ser vendido, o incluso regalado a terceros, lo cual perjudica al vendedor del software, el cual vería como su producto es traficado de manera constante, sin recibir beneficios económicos por estas operaciones. Para algunos autores, resulta por lo tanto, ilógico visualizar la adquisición de software, como una compraventa, pues por sus características intrínsecas, este contrato requiere de una regulación independiente, que proteja el desarrollo de la industria creadora de software. Lo contrario, implicaría desestimular a las empresas e individuos a la invención de software, pues, no dispondrían libremente de su propio producto. Además, debido a lo complejo de la adquisición de un programa de software, es necesario que la empresa establezca los términos específicos bajo los cuales se regulará la tenencia o uso del software, al comprador, para su entendimiento. Sin embargo, a pesar de lo contundentes que parecieran ser los anteriores comentarios, no es ésta la única posición, con respecto a los contratos shrinkwrap. Debido a la ausencia total de jurisprudencia y doctrina, a nivel nacional debemos remitirnos a lo que los tribunales y autores estadounidenses han determinado acerca de las licencias mencionadas. Al ser estos acuerdos de licencia de uso, la fuente principal, por la cual el dueño del software limita los riesgos y la responsabilidad que puedan derivar luego del otorgamiento de la licencia,

entonces genera enorme importancia la validez que los gobiernos le den. Al menos en Estados Unidos, han surgido dos posiciones diversas en cuanto a la validez y relevancia de las licencias shrinkwrap.

En cuatro instancias, las cortes determinaron inaplicables las licencias ( *Vault v. Quaid*, la decisión del Tercer Circuito en *Step-Saber vs. Wyse Technology*, la decisión en cuanto a la copia de prueba en *Arizona Retail vs. Software Link*, y la decisión de la Corte de Distrito en *ProCD*), y en tres instancias se ha determinado la validez y aplicabilidad de los contratos shrinkwrap (la decisión de la Corte de Distrito en *Step-Saver*, la decisión en cuanto a la copia de uso en *Arizona Retail*, y la más importante, la decisión del Séptimo Circuito en *ProCD*).

Pero el problema no se refleja solamente en los Estados Unidos. Alrededor del mundo, existe una política confusa en torno a la regulación de los contratos shrinkwrap. Puede decirse que no se ha llegado a determinar la existencia de criterios legales idénticos en los distintos países, sino que cada cultura ha establecido diferentes propuestas con respecto a las licencias de uso de software. Algunos países, expresamente prohíben la utilización de las licencias shrinkwrap, otros las permiten sin limitaciones, y otros caen en una posición ecléctica, en donde los aceptan pero los limitan. Además se encuentran los países, en los cuales no existe ni legislación, ni jurisprudencia o doctrina al respecto, dentro de los cuales se encuentra Guatemala, que hasta el mes de agosto del 2008 había regulado la firma electrónica.

Andrea Migdal, analista de las licencias de los contratos electrónicos, indica “Dentro de los países que han aceptado la validez de las licencias shrinkwrap, se encuentran Estados Unidos, Canadá, Inglaterra, Argentina, Bélgica, Egipto (en donde no existe ningún tipo de limitación), Hong Kong (las licencias shrinkwrap, son consideradas dependiendo de su razonable operación en cada transacción), y Malasia (en donde, aunque se acepta la validez de las licencias shrinkwrap, los jueces toman como base las sentencias de Estados Unidos e Inglaterra)”<sup>16</sup>.

Migdal agrega, al referirse a las transacciones internacionales sobre contratos electrónicos, señala “Por el otro lado, otros varios países como Finlandia, Noruega, Polonia, Singapur, Sudáfrica, Taiwán y Venezuela, aunque se llevan a cabo diariamente transacciones con utilización de shrinkwraps, las cortes probablemente no le otorguen validez a dichos contratos ante la ausencia de legislación, o aplicación de normas de otros contratos similares”<sup>17</sup>.

Varios otros países, aunque otorgan validez a las licencias shrinkwrap, imponen limitaciones a su uso. Por ejemplo. Colombia, Dinamarca, Francia, Alemania y Japón, e Italia, obligan a que el acuerdo shrinkwrap se encuentre en el idioma natal del país en donde se realice la transacción. En Francia, Italia, Alemania, Dinamarca, Japón, el Reino Unido y la República Dominicana, se exige la visibilidad de los términos de la licencia en el exterior del empaque. Muchos países prohíben

---

<sup>16</sup> Migdal, Andrea. **shrinkwrap Licencias electrónicas**. Pág. 84.

<sup>17</sup> **Ibid.**

expresamente, los términos de las licencias shrinkwrap, que puedan afectar la legislación interna, o ser considerados ilegales.

En la página web sobre contratos electrónicos se señala: “Entre estos están Austria (en donde la Ley Austríaca de Protección al Consumidor imponen restricciones), Brasil (los shrinkwraps no deben violentar normas de orden público), Colombia (en donde se limita la validez de los shrinkwraps al pago de regalías), Francia, Alemania (en donde los consumidores no siempre pierden el derecho a disponer libremente del producto, aunque la licencia lo prohíba), Italia (declara inválidas ciertas limitaciones a la prohibición de las licencias de libre disposición del producto para el consumidor), Israel (los shrinkwraps están sujetos la Ley de Estándares Contractuales de 1982, en donde se invalidan las condiciones restrictivas para los consumidores) Japón y Gran Bretaña”<sup>18</sup>.

Juan José Obando Penalta, analista jurídico de las ventas por Internet, indica “Definitivamente, aunque el uso de las licencias shrinkwrap, se ha propagado en el mundo entero como una práctica comercial, no podemos decir que su entorno legal sea claro hasta el momento. Debe crearse prontamente un instrumento internacional, que reúna los criterios de las diferentes naciones en un cuerpo único, para así lograr un panorama más claro para los contratos shrinkwrap. Se tiene que considerar, el respeto a los derechos de los consumidores, en cuanto a que en el empaque del software se explique la existencia de las cláusulas de la licencia dentro

---

<sup>18</sup> [www.gcwf.com/articles/hotmail.9/04/2010](http://www.gcwf.com/articles/hotmail.9/04/2010).

de éste. Además resulta necesario, que se aclare la posibilidad de devolución del producto. Se ve, que no es sólo nuestro país, el que se encuentra ante un dilema, en cuanto a la regulación de este nuevo contrato. Naciones desarrolladas como los Estados Unidos, no han podido considerar un único criterio legal para los contratos shrinkwrap, lo cual demuestra la dificultad para el Derecho de controlar las transacciones de la era digital”<sup>19</sup>.

Como se puede apreciar, los contratos electrónicos han venido a modernizar las relaciones comerciales nacionales e internacionales, en lo que concierne a los contratos mercantiles, ya que no es necesario comparecer físicamente a algún país para hacer una negociación, pues basta con las claves que se utilizan para perfeccionar el contrato mediante las redes del Internet.

---

<sup>19</sup> Obando Penalta, Juan José. **El régimen jurídico de la compra venta nacional e internacional en Internet.** Pág. 102.

## **CAPÍTULO IV**

### **4. La firma digital**

Mediante la firma digital, por lo medios electrónicos y computarizados, se solventan aquellos casos, que con anterioridad requerían la presencia personal del representante de una empresa comercial, pues la firma estampada en los contratos era de mucha importancia para perfeccionar la negociación, en la actualidad la firma digital corresponde a las claves del propietario, empresario o representante de la empresas, para perfeccionar los contratos digitales y llevar a cabo la negociación perfecta.

#### **4.1. Definición**

Por costumbre se puede definir la firma como un conjunto de caracteres escritos realizados por una persona para identificarse, se puede decir que forma parte de los rasgos de su identidad. Debido a que dos personas no pueden tener la misma firma, está constituye un mecanismo idóneo para vincular al autor de la firma con los documentos en los que aplica su firma.

Por su parte, la firma eléctrica, la define el Artículo 9 de la Ley de Contratos Electrónicos de Chile de la siguiente manera: “Es aquella manera de representación y confirmación de la identidad de un sujeto en el medio electrónico. Técnicamente, es un conjunto de datos únicos encriptados (Transformados en código)”.

También se puede definir “como datos en forma electrónica consignados en un mensaje

de datos o adjuntados o lógicamente asociados al mismo y que pueden ser utilizados para identificar al titular de la firma aprueba la información contenida en el mensaje de datos”<sup>20</sup>.

Por otra parte, la firma digital, en la Ley de Firma y Certificados Digitales de Costa Rica, en el Artículo 3 la define de la siguiente manera: "La firma digital es aquella firma electrónico que utiliza una técnica de Criptografía asimétrica, basada en el uso de un par de claves único; asociados a una clave privada y una clave pública relacionadas matemáticamente entre sí de tal forma que las personas que conocen la clave pública no puedan derivar de ella la clave privada"

Cuando señala el uso de una clave privada se refiere que no es de uso público, como la clave pública, si no secreta, de conocimiento exclusivo del usuario.

La transformación de un mensaje llamando un sistema de Criptografía asimétrica permite que las personas que tenga el mensaje firmado y la clave pública del firmante.

#### **4.2. Características de la firma digital**

a) La firma digital otorga certeza de la integridad del documento, una vez que se ha cambiado algún dato, la firma queda inválida. Esto se realiza mediante un procedimiento técnico conocida como hashing que a semejanza de una pericia grafotécnica, verifica que la firma sea valida y pertenezca al firmante.

---

<sup>20</sup> Capote Pérez, Luis Javier. **La aceptación de la oferta realizada a través de internet en los ámbitos civil y mercantil.** Pág. 136..

b) La firma digital es perfectamente susceptible de generar los mismos efectos de una firma manuscrita.

C) Pretende emular (Imitar y mejorar) las funciones que cumple la firma manuscrita para los documentos tradicionales. Como la firma es única no puede negar que le pertenece.

### **4.3. Funciones legales de la firma digital**

Las firmas electrónicas por si mismas requieren observar algunas funciones legales. Dichas funciones varían según el sistema legal a que se apliquen:

a) Consentimiento: Cuando el titular firma, señala que conoce el contenido y que lo aprueba. La persona manifiesta su voluntad cuando inicia el proceso de firmado. Para el caso de personas jurídicas se aplican las reglas generales de representación. Por que no solo pueden sus funcionarios tener firmas digitales propios, si no que deben estar autorizado para actuar en nombre de la persona jurídica.

b) Vigencia de la firma: Debe tener un periodo de vigencia para su utilización. La entidad de certificación que maneja los datos verifica éstos y existe un tiempo por el cual puede afirmar su certeza y veracidad. Dichos datos son tomados en cuenta por terceros que se vinculan con el titular de la firma, por lo tanto es importante que conozcan el plazo durante el cual pueden confiar en que esa firma otorga efectos vinculatorios respecto al titular.

El término implica que la inejecución de su derecho carece de protección jurídica

frente a los tribunales.

Cabe la posibilidad de que la persona titular del certificado de la firma quiera cancelar el servicio que le presta la entidad de certificación, lo cual es posible, pero por seguridad a terceros debe tener la adecuada publicidad de igual manera si se revoca al certificado.

#### **4.4. Tipos de firma**

La ley sobre firma electrónica de la República de Chile establece dos tipos:

- a. Firma electrónica; que autentifica la identidad de la persona, es como mostrar nuestra cédula de identidad para que se confirme quien soy.
- b. Firma electrónica Avanzada; autentifica la identidad pero además permite llevar a cabo transacciones comerciales avanzadas y contratos, es como ir a la notaria donde muestro mi cédula de identificación pero además se confirma ante el notario la legalidad de la transacción o relación.

La diferencia entre ambas clases de firmas esta hecha en función de la protección legal que ellas producen.

#### **4.5. Mecanismos tecnológicos**

Son mecanismos informáticos utilizados para realizar las funciones legales de las firmas digitales. Mediante el uso de estos mecanismos se logran la equivalencia funcional entre la firma manuscrita y la digital.

La firma digital no puede existir independientemente de un certificado digital que lo contenga porque la firma, entendida como un conjunto de datos, es las siguientes características del certificado.

Encriptación. Un texto legible es transformado en uno cifrado, el cual si es interceptada, no podría ser leído por el interceptor. Aún si fuese modificada invalidaría el documento electrónico porque automáticamente se comprobaría la alteración.

En la Encriptación asimétrica se utiliza un "Par de llaves": una privada (que es secreta) usada para aseverar la firma digital y otra pública (a la que todos tienen acceso) que se usa para verificar la firma.

La coherencia entre el contenido y el certificado de firma digital es verificado por medio de funciones Hash, que hacen posible identificar al autor del documento electrónico.

Los mecanismos de Encriptación aseguran la integridad del documento y la identidad del titular de la firma, sólo en combinación con sistemas de certificación adecuados a ese propósito.

Funciones Hash. Son funciones matemáticas por los que un conjunto de información es transformada en una suma decimal. Estas sumas se utilizan para notar una coherencia cercana entre los contenidos y la firma digital. Al mensaje que se desea enviar se le aplica la función Hash y la suma resultante es lo que se firma digitalmente.

Si solo una letra del mensaje original es cambiado, se vera una suma que es diferente de la calculada y firmada inicialmente, conformando así su alteración luego de ser enviado.

Entidades de Certificación. Otorgan y verifican los pares de claves, conservan y archivan información adicional o asociada a los usuarios de dichos pares de claves (solo la necesaria).

La entidad de certificación tiene como principal función la de hacer corresponder los pares de claves de la firma con su titular. Pero para que funcione el sistema requieren que se realicen funciones de registro de formación y de almacenamiento.

El registro de Información coteja los datos y la información del titular con la realidad, comprueba la veracidad de la información y la identidad del solicitante de la firma.

Dichas entidades intervienen como Terceros de confianza en las relaciones que las partes pueden llevar a cabo por medios electrónicos.

#### **4.6. Certificados digitales**

Se definen como el documento electrónico generado y firmado digitalmente por una entidad de certificación que vincula un par de claves con una persona determinada confirmando su identidad. Este documento electrónico es generado y firmado digitalmente por una entidad de certificación, se encuentra relacionado con la firma digital ya que permite a través de él identificarse suscriptor ya la identidad de certificación, la clave pública, el método para verificar la firma el número de serie del

certificado, su vigencia y la firma digital de la entidad certificadora.

#### **4.7. Cancelación del certificado digital**

Para la cancelación se prevé los siguientes supuestos para la cancelación:

- a. A solicitud del titular de la firma digital.
- b. Por revocatoria de la entidad certificante.
- c. Por expiración del plazo de vigencia.

La revocatoria se dará por muerte del titular de la firma, cuando se determine que la información contenida en el certificado digital sea inexacta o haya sido modificada y por incumplimiento derivado, de la relación contractual con la entidad de certificación de las entidades de certificación y le de registro.

La entidad de certificación cumple con la función de emitir o cancelar certificados digitales así como brindar otros servicios inherentes al certificado o aquellos que brinden seguridad al sistema de certificados en particular del comercio electrónico. Podrán asumir las funciones de entidades de registro verificación que realicen el levantamiento de datos y comprobación de información, de un solicitante de certificado digital, identificación y autenticación del suscriptor de la firma, aceptación y autorización de solicitudes de emisión de certificados y de cancelación.

#### **4.8. Principios de las transacciones electrónicas**

La doctrina española reconoce a estos principios como fundamento de las

transacciones electrónicas, las cuales se basan en la necesidad de establecer presunciones que hagan a estas seguras:

- a. Principio de integridad: La no alteración de los datos que han sido recogidos en el mensaje, firmado digitalmente, asegura el contenido del mensaje, quien se oponga a ellos debe probar que fue alterado y no sea respetado las normas de seguridad establecidas.
- b. Principio de autenticidad: La firma digital pertenece exclusivamente a la persona titular del certificado.
- c. Principio de no repudio: La firma digital refleja el pleno consentimiento del titular del certificado con el contenido de la transacción. Por lo que las partes intervinientes no podrán rechazar las obligaciones que se deriven de los actos celebrados por medios electrónicos seguros.

#### **4.9. Seguridad y protección en los contratos electrónicos**

La tendencia internacional es recoger en su normativa a los medios electrónicos seguros para permitir un desarrollo uniforme en los mercados. De existir incompatibilidades tecnológicas los mercados no se podrían integrar, es por ello que se hace necesario establecer reglas claras que no se conviertan en un obstáculo para uso en contratación, así como medidas que procuren la efectividad, protección y seguridad del contrato electrónico

Chile habla de un sistema de acreditación que es voluntario en virtud del cual el prestador de servicios de certificación demuestra que cuenta con las instalaciones, sistemas, programas informáticos y los recursos humanos necesarios para otorgar los certificados.

En España salvaguarda dichos datos contra la posible utilización por terceros en forma no autorizada y evitar así que se le afecte en su entorno personal, social o profesional, en los límites de su intimidad. La Constitución Española se refiere a la protección de datos en los siguientes artículos: 18.4 La Ley delimitará al uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos; 105.b La Ley regulará el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas. Estos artículos se recoge en su ley orgánica de protección de datos (LOPD) que otorga protección a los datos personales registrados en soporte físico que los haga susceptible de tratamiento y a toda modalidad de uso posterior de los mismos.

Para velar por el cumplimiento de su legislación y controlar su aplicación está la Agencia de Protección de Datos, es una institución de derecho público, con personalidad jurídica propia y con independencia autónoma; entre sus funciones más destacadas, además de atender las funciones y reclamaciones de las personas afectadas, se encuentran las de mantener el registro general, donde se han de inscribir los ficheros de titularidad pública y privada con datos personales y si fuera necesario

sancionar sobre los responsables y encargados del tratamiento.

Los datos especialmente protegidos: ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial, salud, y vida sexual. En resumen son aquellos datos que se les otorga mayor grado de protección, imponiendo especiales obligaciones respecto de los mismos, tales como obtener consentimiento expreso y por escrito, (condición de licitud) para que este pueda controlar cuando, donde y como se puedan tratar sus datos.

#### **4.10. La firma digital en la legislación internacional**

Existen numerosas regulaciones que norman el tratamiento que las diferentes empresas deben otorgar a los registros electrónicos, incluyendo correos electrónicos.

Seguidamente se presentan extractos de normativas promulgadas sobre este tema en:

- 1) Estados Unidos
- 2) México
- 3) Guatemala
- 4) Costa Rica
- 5) Panamá
- 6) Puerto Rico
- 7) Venezuela
- 8) Colombia

- 9) Ecuador
- 10) Perú
- 11) Uruguay
- 12) Chile
- 13) Argentina
- 14) Brasil
- 15) España.

- 1). Estados Unidos de Norte América: En Estados Unidos de Norteamérica se dispone de leyes federales referente a registros y adicionalmente varios Estados han establecido sus propias regulaciones.

La industria financiera por mucho tiempo ha sido supervisada por la Comisión de Valores Y Cambios (SEC) y la Asociación Nacional de Negociantes de Valores (la Asociación Nacional de Negociantes de Valores) y la industria de la salud han adoptado los requisitos de HIPAA, otros tipos de organizaciones ahora deben originarse de reglas federales. Desde la promulgación de más reglas que alcanzan tipa, como Gramm-Leach Bliley (GLBA) y SOX, muchos tipos de negocios deben enfocarse en cómo ponen a salvo, diseminan, almacenan, y rastrean información financiera.

- 2). México: Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del

Código Civil para el Distrito Federal, del Código Federal de Procedimientos Civiles, del Código de Comercio y de la Ley Federal de Protección al Consumidor. del 23 de mayo de 2000.

Iniciativa de la Ley Federal de Protección de Datos Personales, presentada por el Senador Antonio García Torres, del Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional en la sesión de la comisión permanente del 14 de febrero de 2001.

Proyecto de Ley sobre Delitos Informáticos, presentado por Francisco Suárez Tánori, Adalberto Balderrama Fernández.

- 3) Costa Rica: En Costa Rica se dispone de la Ley 8454 - "Ley de certificados, firmas digitales y documentos electrónicos publicada en el diario oficial La Gaceta el 21 de Abril del 2006. Proyecto de Ley de Habeas Data. Expediente N° 12.827.

Ley No. 8148. Adición de los artículos 196 Bis, 217 Bis y 229 Bis al Código Penal (Ley No. 4573), para reprimir y sancionar los Delitos Informáticos.

- 4). Panamá: Ley 43 (2001). Que define y regula los documentos y firmas electrónicas y las entidades de certificación en el comercio electrónico, y el intercambio de documentos electrónicos.

5). Venezuela: Decreto con fuerza de Ley, sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas (2001) Ley Especial Contra los Delitos Informáticos.

6). Colombia: Ley 527 de 1999 (agosto 18) por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación.

Decreto número 1747 de 2000 (septiembre 11) por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 527 de 1999, en lo relacionado con las entidades de certificación, los certificados y las firmas digitales.

Ley 588 de 2000 (julio 5) por medio de la cual se reglamenta el ejercicio de la actividad notarial.

Constitución Federal de la República (art. 15) de protección de Datos Personales.

7). Ecuador: Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos. Ley No. 67 de 17 de Abril del 2002. Reglamento a la Ley de Comercio Electrónico. (31 de Diciembre 2002)

8). Perú: Ley 27269. Ley de Firmas y Certificados Digitales. Decreto Supremo No. 019-2002-JUS. Reglamento de la Ley de Firmas. Modificación al Código Civil para permitir la Manifestación de la voluntad a través de medios electrónicos y por lo tanto celebrar válidamente contratos utilizando medio selectrónicos (Ley 27291).

Ley N° 27489. Ley que regula las centrales privadas de información de riesgos y de protección al titular de la información (Promulgada el 27/6/2001, publicada el 28/6/2001). Ley N° 27309. Ley que incorpora los delitos informáticos al Código Penal

## **CAPÍTULO V**

### **5. La necesaria regulación del contrato electrónico**

El contrato electrónico es la forma jurídica contractual más moderno, su elaboración y ratificación se establece por claves a fin de hacer efectivas sus cláusulas y no es necesaria la presencia de las partes para darle vida.

#### **5.1. El arbitraje digital**

"En cuanto al poder judicial, los sistemas de control de flujos de trabajo basados en procedimientos de computación han hecho posible que los tribunales de Estados Unidos y Canadá pasen los sumarios al procedimiento electrónico. Un típico tribunal de condado sumariza del orden de medio millón de documentos al año, bien sea manualmente o por medio de escribanos que introducen la información de autos en sistemas de gestión propietarios. En el condado de León (Florida) se ensaya un sistema por el cual las partes podrán iniciar causas directamente vía e-mail, transfiriéndose todos los escritos al sistema de gestión electrónico y recibiendo a vuelta de e-mail el número de sumario. Atendiendo además que muchas actas judiciales son documentos públicos, el condado quiere situarlos en la Red para información de las partes y del público.

Asimismo, el software también puede ayudar a organizar las citaciones. Algunas entidades federales y estatales de Estados Unidos utilizan los gestores digitales de

flujos para establecer los calendarios de las comparecencias, diligencias y vistas judiciales. En los casos que requiere escolta policial la puntualidad de las citaciones permite que los agentes pierdan menos tiempo en los pasillos de los juzgados y tribunales, para dedicarlo a patrullar las calles"<sup>21</sup>.

"otra cosa que la administración puede conseguir con los nuevos sistemas digitales es la apertura al público de sus sistemas de conocimiento y el registro de operaciones mercantiles. En Alemania, el Ministerio de Hacienda está desarrollando sistemas de gestión documental y archivo electrónico para los registros públicos. El proyecto incluye el encaminamiento y archivo automático de documentos y su colocación automática en sites internos o públicos conforme a reglas de clasificación. Nos cita Bill Gates el sistema de concurso público adoptado en Massachusetts. Dicho estado publica todas las licitaciones, con detalle de la documentación a presentar, y también se ponen on line las adjudicaciones. El sistema de Massachusetts no sólo implica una disminución de los gastos de licitación sino que contribuye a que otras entidades públicas puedan adquirir más gastando menos"<sup>22</sup>.

La utilización de está tecnología en los procesos arbitrales, es mucho más fácil y menos complicada que en procesos judiciales ordinarios en virtud de que el proceso arbitral es más pragmático, debido entre otras razones, a que el arbitraje en parte por los principios rectores que lo rigen, permite que las partes acuerden a priori o a

---

<sup>21</sup> Gates, Bill. **Los negocios en la era digital**. Pág. 411.

<sup>22</sup> **Ibid.**

posteriori, el derecho procesal (de un centro de arbitraje o ad-hoc reglas de arbitraje de UNCITRAL) o el derecho sustantivo, adicionalmente permite negociar entre las partes la utilización de tecnología, como podría ser, la utilización de videoconferencia para declaraciones de parte, testigos o expertos. Asimismo la cordialidad y flexibilidad que existe entre los árbitros, les permite comunicarse entre si, vía chat o e-mail, asimismo el poder exportar el laudo arbitral a cualquier parte del mundo gracias a la Convención de Nueva York, le da al arbitraje ventajas comparativas significativas sobre la jurisdicción ordinaria.

“Se entiende por arbitraje, un juicio de conocimiento en donde el papel de jueces lo realizan particulares, en vez de los jueces ordinarios de la administración de justicia, con toda la amplitud de validez intrínseca y extrínseca que le da el reconocimiento de las legislaciones de la mayor parte de países y estados del mundo. Estos jueces particulares reciben el nombre de árbitros, teniendo su veredicto, denominado laudo, toda la validez de una sentencia judicial aceptada universalmente.

El arbitraje, desde su regulación en el derecho romano, ha estado contemplado en la mayor parte de las legislaciones del mundo, pero ha sido poco utilizado, ya que, a medida que el poder estatal ganaba espacios, el arbitraje reducía su campo de acción”<sup>23</sup>.

Es a finales del siglo XX, producto de un nuevo orden económico internacional

---

<sup>23</sup> Calvo Caravaca, Alfonso Luis. **Curso práctico de arbitraje virtual**. Pág. 163.

caracterizado por la disminución del poder estatal y la privatización de los medios de producción, que se ve en la figura del arbitraje el proceso ideal, en donde los particulares son protagonistas de la dirección y administración del proceso.

El nuevo arbitraje (que resurge como una figura restaurada del derecho romano en donde permaneció en estado inerte durante siglos) mediante el pragmatismo y la oralidad, busca la verdad real, despojándose de las ataduras de la justicia tradicional configurada por trámites engorrosos y formalistas. Así, el arbitraje se ha caracterizado por ser un proceso expedito y efectivo que ha ido evolucionado, producto de una serie de tratados y convenciones internacionales que le dan viabilidad.

Indican Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Luis Fernández de la Gándara: "Las ventajas del arbitraje sobre el proceso ante un órgano estatal deberían aceptarse, pero aplicándoles un coeficiente reductor. Su éxito ha sido propiciado no sólo por las virtudes del arbitraje, sino también por los agentes que están detrás de él y que, por motivos diversos entre sí, lo han promocionado: los Estados y las grandes organizaciones profesionales a través de las cuales los empresarios operan en el comercio internacional. Los primeros han apoyado la eficacia extraterritorial de los laudos arbitrales, promoviendo el desarrollo del Derecho convencional en la materia. Las segundas, caja de resonancia de las grandes empresas cuyos intereses reflejan, han fomentado el recurso al arbitraje como medio, por un lado, de desembarazarse del Derecho estatal, sustituyéndolo por la denominada *lex mercatoria*, y, por otro, de

obtener así una decisión vinculante fácilmente exportable. Factores intrínsecos y extrínsecos se apoyan mutuamente como contrafuertes de un edificio gótico. Sin unos y otros el edificio y la imagen que de él se tiene serían incompletos"<sup>24</sup>.

El desarrollo del arbitraje ha sido enorme en los últimos años: es prácticamente el proceso más utilizado para resolver conflictos comerciales. De cada diez contratos internacionales, ocho poseen una cláusula estableciendo que, en caso de surgir una controversia, ésta se resolverá por el procedimiento de arbitraje. La suscripción de una serie de tratados internacionales, así como la configuración de un nuevo orden económico internacional conformado por bloques en donde se ha escogido al arbitraje como el prototipo de procesos de resolución de conflictos entre particulares y entre estados, le dan a esta figura una importancia significativa. A esto hay que agregar el crecimiento de instituciones a nivel internacional que administran procesos de arbitraje tales como la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París, la Corte de Arbitraje de Londres e ininidad de Instituciones que han surgido con el propósito de administrar procedimientos de métodos alternos de solución de conflictos.

Por otro lado, comenzando el siglo XXI, ha existido un desarrollo exponencial de la tecnología en los últimos años del siglo XX, caracterizándose esta era por el auge en la obtención, manejo, distribución y procesamiento de información. El siglo pasado dejó como legado al presente, una nueva era: la era de la comunicación instantánea.

---

<sup>24</sup> **Ibid.**

Las formas de comunicación y la creación de la red global Internet, han dado origen a nuevas formas de contratación como la contratación electrónica, lo cual, a su vez, abre las puertas a resolución de conflictos con alta tecnología, a la altura de las formas de comunicación y contratación. El arbitraje es el proceso ideal a ser utilizado, en virtud de contar con una serie de ventajas y bondades, como el antiformalismo, el pragmatismo y la posibilidad de adaptarse fácilmente a los avances tecnológicos.

Así, los procesos arbitrales telemáticos surgen del progreso en las telecomunicaciones y la informática. "... el significado de la palabra telemática viene de la unión de dos vocablos: telecomunicación e informática. La telemática es la combinación de las técnicas de la informática y de las telecomunicaciones para la prestación de servicios de apoyo al tratamiento de información a distancia. Incluye el teletexto, videotexto, facsímil"<sup>25</sup>

En ese orden de ideas, existirá un proceso arbitral telemático cuando los árbitros y los sujetos procesales utilicen el computador y la tecnología de comunicaciones para realizar ciertas actuaciones a distancia, no en forma presencial.

El desarrollo de un nuevo arbitraje totalmente a distancia, que hemos denominado arbitraje virtual, utilizando la más alta tecnología, constituye el tema central del presente trabajo.

---

<sup>25</sup> Redondo Aguilera, Ada Lisette. La situación de Guatemala respecto a la seguridad jurídica en la contratación por la vía electrónica. Págs. 2.

Surgen una serie de interrogantes que inquietan a cualquier jurista, las que trataremos de ir respondiendo para desembocar en conclusiones objetivas y analíticas. Dentro de las que se plantean exponemos las siguientes: ¿a finales del siglo XX existe la tecnología para poder conducir un proceso arbitral a distancia y llevarlo hasta el final en forma totalmente virtual? ¿existe el marco legal para conducir procesos arbitrales a distancia? ¿tendrá validez un proceso arbitral a distancia? ¿estaremos ya en presencia de las Cortes de Arbitraje Virtuales? ¿podremos teletransportar testigos, peritos y árbitros? ¿estaremos cerca de utilizar la inteligencia artificial en la toma de decisiones para la emisión de laudos arbitrales?

Todas estas preguntas nos apasionan y nos inquietan, ya que las respuestas que se den a ellas podrían ser determinantes para el futuro de los procesos y el nuevo giro que tome el derecho, tratando de buscar el bienestar de la humanidad a través de la resolución de conflictos con la alta tecnología que se tiene disponible.

## **5.2. La firma electrónica**

La firma digital es, en la transmisión de mensajes telemáticos y en la gestión de documentos electrónicos, un método criptográfico que asegura la identidad del remitente. En función del tipo de firma, puede, además, asegurar la integridad del documento o mensaje.

La Ley de **Firma Electrónica**, que puede ser diferente en cada país, define tres tipos de firma:

Simple. Incluye un método de identificar al firmante.

Avanzada. Además de identificar al firmante permite garantizar la integridad del documento. Se emplean técnicas de *PKI*.

Reconocida. Es la firma avanzada ejecutada con un DSCF (dispositivo seguro de creación de firma) y amparada por un certificado reconocido (certificado que se otorga tras la verificación presencial de la identidad del firmante).

### **5.3. Seguridad jurídica**

Se considera que en Guatemala, se debe analizar este contrato innominado bajo las normas aplicables a los contratos de adhesión, pero resulta indispensable realizar una explicación de lo anterior, pues incluso pueden observarse ciertas complicaciones para el desarrollo de los shrinkwraps. Se tiene que analizar punto por punto, las posibilidades para que esta figura jurídica sea válida en el país, por lo que se propone una tesis que considere los nuevos principios de una economía globalizada.

El primer punto, que puede generar confusión es si puede afirmarse o no que el shrinkwrap tenga la condición o calificación de contrato. Se hace referencia a la definición de Pothier recogida en el Código Civil francés, modelo del nacional, el cual expresa que “un contrato es una convención por la cual una o varias personas se obligan a dar, hacer o no hacer algo, a favor de otro u otros. Es un acuerdo de dos o más voluntades, para crear una relación jurídica, o modificar o extinguir una relación.

jurídica preexistente”<sup>26</sup>.

Ante esto, el shrinkwrap, puede verse como un contrato, sólo, si existiera un verdadero acuerdo entre las partes, y según las características de los diferentes modelos existentes, no podría considerarse como contrato un shrinkwrap en el cual se estipula que el consumidor aceptará las cláusulas de la licencia con el sólo hecho de abrir el empaque del producto, pues nunca se presentaría el acuerdo, ya que las cláusulas se encuentran precisamente dentro del empaque, por lo que resulta imposible que el individuo pueda hacer un análisis de los términos de la licencia, y no se presenta por lo tanto un verdadero acuerdo. Sin embargo una licencia shrinkwrap en la que se estipulara en el paquete que al abrirlo se encontrarán las cláusulas, y que luego de su lectura se pueda decidir o no la aceptación, si respeta la definición anteriormente mencionada, por lo que se debería considerar como un contrato, ya que si se presenta el acuerdo entre las voluntades de las partes.

#### **5.4. Regulación del contrato electrónico en la ley guatemalteca**

Es necesario estudiar si el contrato electrónico debe ser insertado en el Código Civil y en el Código de Comercio como punto relevante, aunque se encuentra vigente la Ley para el reconocimiento de las comunicaciones y firmas electrónicas (Decreto Número 47-2008 del Congreso de la República de Guatemala).

Los contratos tienen por objeto la producción de efectos jurídicos. El objeto del contrato, debe ser lícito y posible. Manifiesta el profesor Baudrit, que “al decir que el

---

<sup>26</sup> **Ibid.**

objeto debe ser lícito y posible, estamos haciendo referencia genérica a que el contrato y los efectos jurídicos que produce, deben tener causa legítima”<sup>27</sup>.

La ausencia de legitimidad en alguno de estos, produce nulidad absoluta del contrato. Menciona el autor Baudrit que: “En la legitimidad del objeto y la causa situamos la equidad que debe presidir toda contratación. Si uno de los contratantes utiliza su posición de superioridad económica o aún jurídica para obtener resultados contractuales nocivos a la otra parte, el sistema jurídico remedia la falta de equidad con la aplicación de la teoría del abuso del derecho.

En ese sentido los jueces pueden tomar medidas administrativas para el cese del abuso, y aún descartar la aplicación de las cláusulas abusivas por ser contrarias a derecho, en presencia de un interés público que cualquiera podría llamar en su defensa”<sup>28</sup>.

De las anteriores consideraciones, se puede concluir que la validez jurídica de las licencias shrinkwrap en Guatemala dependerá, de que se evite la utilización de cláusulas abusivas por parte de las empresas para el otorgamiento de las licencias.

Es claro que este es un típico caso de contrato de adhesión, pues el contenido de éste es obra exclusiva del propietario del software. Estos contratos requieren una

---

<sup>27</sup> Baudrit, Kart. **El contrato electrónico**. Pág. 260.

<sup>28</sup> **Ibid.**

intervención o control de parte del legislador y los jueces, por lo que dependiendo de un análisis de cada shrinkwrap individual, puede determinarse la invalidez de algunas cláusulas o la nulidad total del contrato. El facultar al consumidor a estudiar las cláusulas del contrato, y ofrecer la posibilidad de un reembolso ante la insatisfacción con los términos de la licencia, puede evitar que se interprete la existencia de un abuso del derecho por parte de las empresas, lo que beneficia a la validez de los shrinkwrap en el país.

Se tiene entonces, que los contratos shrinkwrap, sí pueden ser considerados como tales en Guatemala, y además pueden ser válidos si no existieran cláusulas abusivas en contra de la libre elección y derechos del consumidor. A pesar de esto surge otro grave problema referente a la clasificación dentro de los contratos del shrinkwrap. La regulación nacional, del contrato shrinkwrap, se hace necesaria de una manera específica, creando la figura contractual en el Código de Comercio, lo cual resulta la mejor forma para comprender sus implicaciones. Sin embargo, ante la ausencia de normas, se debe proponer medidas jurídicas que protejan la existencia de éste contrato, para evitar así teorías que imposibiliten su utilización en el país.

El hecho relevante del cual nace la confusión, es la existencia de tres sujetos posibles en la relación jurídica, sean estos la compañía propietaria del software, la tienda vendedora y el consumidor final. Se debe entonces analizar por separado cada relación jurídica que se presenta.

En primer lugar, en las transacciones directas entre los propietarios del software y los revendedores de las tiendas de cómputo, parece que nos encontramos ante un contrato de compraventa del producto, pues en ningún momento la tienda realiza aceptación de las cláusulas de la licencia shrinkwrap.

Aunque la compraventa sea un contrato traslativo de dominio, los derechos de autor de la compañía propietaria sobre el software crean un marco jurídico de protección para dichas empresas, para así evitar la reproducción de su producto por parte de la tienda.

La compraventa se realiza sobre el soporte material del software, lo que es llamado en el ámbito de la propiedad intelectual como el *corpus mechanicum*. El *corpus mysticum* o parte inherente a la propiedad intelectual del autor del software, seguirá siendo de éste. Esto se fundamenta en la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, en los Artículos 1, 4, 13, 14, 15, 16, 17, 18 y 19, de donde se puede concluir que se otorga o confiere a los autores de producciones intelectuales (programas de cómputo por ejemplo) un derecho moral, personalísimo, inalienable, irrenunciable y perpetuo, y un derecho patrimonial que sí es transferible, renunciabile y temporal.

El derecho moral siempre lo mantendrá el creador de la obra. Este derecho se subdivide en los derechos de divulgación (sacar a luz pública la obra), paternidad (posibilidad de utilizar nombre seudónimo o anonimato en la obra), respeto e integridad de la obra (imposibilidad para terceros de modificar la obra) y derecho de

retracto (retiro de obra de circulación). Con esto se ve que la disposición por parte de terceros sobre la obra siempre será limitada.

Por otro lado, el derecho patrimonial si es transferible. Existen varios derechos que surgen de éste derecho patrimonial, dentro de los cuales los más importantes para nuestra tesis, son el de reproducción (Artículo 17 Decreto No. 33-98) y la distribución (Artículo 18 Decreto No. 33-98). El autor de la obra está facultado para autorizar a terceros, ya sea para reproducir o distribuir la obra. En el caso del software, el autor realiza una compraventa con el revendedor de la tienda para que éste a su vez distribuya el producto hacia los consumidores finales.

Según el Artículo 4, de la Ley de Derechos de Autor y derechos conexos, la reproducción consiste en la realización por cualquier medio de uno o más ejemplares de una obra o fonograma, sea total o parcial, permanente o temporal, en cualquier tipo de soporte.

El mismo Artículo, estipula que la “Distribución al público: Puesta a disposición del público del original o copia de una obra o fonograma mediante su venta, alquiler, préstamo, importación o cualquier otra forma. Comprende también la efectuada mediante un sistema de transmisión digital individualizada, que permita, a solicitud de cualquier miembro del público, obtener copias”.

Entre los propietarios del software y el consumidor final, no existe un grave problema, pues al presentarse un acuerdo de voluntades sin vicios, el contrato es perfecto, y sus disposiciones (de la licencia shrinkwrap) son las que regirán la relación entre las partes.

Por lo tanto, en esta transacción se está ante un contrato de licencia de uso shrinkwrap, cuyas cláusulas ha creado la compañía propietaria.

La relación entre el consumidor final y la tienda se presenta como un contrato de compraventa, regido bajo los mismos criterios que anteriormente se expuso en el caso de la relación compañía propietaria-tienda. El comprador final deberá respetar los derechos del autor, y sólo podría disponer del soporte material del software, pero nunca reproduciéndolo. Además no podría disponer del bien libremente, ya que al abrirlo se encontraría con la licencia de la compañía propietaria, la cual sería la que regiría el uso del software. El comprador no podría utilizar el producto sin antes aceptar las cláusulas del shrinkwrap, bajo riesgo de violentar los derechos de autor de la compañía y el contrato en sí. Se está ante una nueva relación jurídica entre el comprador y la empresa propietaria del software, en donde al existir un acuerdo de voluntades entre ambos, se perfecciona el contrato de licencia de uso, y allí se delimitan las responsabilidades de las partes y las garantías del producto.

## CONCLUSIONES

1. Los contratos en general tienen la particularidad de obligar a las partes para que se haga efectivo el acuerdo pactado, de lo contrario podrán acudir al órgano jurisdiccional competente en caso de haber incumplimiento de alguna de las cláusulas contractuales, para que el juzgador haga cumplir las obligaciones a que se han hecho acreedores.
2. Los contratos mercantiles digitalizados se establecen en el comercio entre personas individuales o colectivas, teniendo como fin llevar a cabo transacciones entre los entes sometidos a la actividad contractual, por medio de claves y códigos personales, contrayendo derechos y obligaciones, perfeccionándose el mismo cuando se cumplen con las cláusulas pactadas.
3. Los contratos electrónicos son de suma importancia en la actualidad, y una forma moderna de actividad mercantil, por medio de los cuales se llevan a cabo negociaciones entre empresas y éstas pueden ser nacionales o extranjeras, teniendo la particularidad de regirse por medios digitales y claves para pactar la negociación, sin necesidad de estar presente en el país o empresa contratante.
4. En los contratos electrónicos, es de importancia la firma digital, la que prevalece mediante claves para llevar a cabo una negociación mercantil, y tener validez aunque las partes sujetas del contrato se encuentren en diferentes países al aceptar las cláusulas para su validez y cumplimiento, las claves utilizadas son de gran valor para los contratantes, pues son de uso personal y secretas.
5. En Guatemala, se regulan legalmente las comunicaciones y las firmas electrónicas, pero los contratos electrónicos no se han regulado, lo que sería de beneficio para la negociación mercantilista y la modernización de las leyes que regulan las actividades

comerciales, pues el comercio guatemalteco tiene grandes relaciones mercantiles con países extranjeros.

## RECOMENDACIONES

1. Que el Congreso de la República de Guatemala desarrolle más normativa de la firma electrónica en los contratos digitales, para modernizar las relaciones mercantiles a nivel internacional y nacional, este tipo de contratos agiliza las relaciones entre comerciantes y da transparencia jurídica a las negociaciones de todo tipo, ofreciendo agilidad en el contrato mercantil.
2. Que las Facultades de Ciencias Jurídicas y Sociales de las Universidades del país desarrollen más la firma electrónica y los contratos electrónicos, estableciendo las formas de comercio electrónico, mediante este tipo de contratos, regulando los mismos a fin de que la persona o el estudioso se compenetren en la realización del negocio mercantil moderno.
3. Que el Ministerio de Educación implemente en los cursos de nivel diversificado, la clase de derecho mercantil, teniendo el estudio de los contratos electrónicos y en consecuencia el estudio de la firma electrónica para que el estudiante tenga todo tipo de nociones de los que es la transacción mercantil moderna y conozca la ley referente al tema para laborar con mayor efectividad.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALABALADEJO, Manuel. **La obligación y el contrato en general**. Ed. JB Editores, S. L. Barcelona – España, 1996.
- ALTERINI, Atilio. **La inseguridad jurídica**. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina, 1993.
- BIAGGI GÓMEZ, Julio Enrique. **El comercio electrónico**. Revista del Colegio de Abogados de Lima. Lima, Perú, 2001.
- CARRASCOSA LÓPEZ, Valentín. **La contratación informática: el nuevo horizonte contractual**. Ed. Comares, S.L. Granada, España, 1997
- CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. **El derecho de los contratos**. Ed. Minerva. Lima, Perú, 1978.
- CASTILLO FREYRE, Mario. **Las doctrinas tradicionales frente a la contratación computarizada**. Ed. por la Pontificia Universidad Católica de España. Madrid, España, 1996.
- CORREA M. Carlos. **Derecho informático**. Ed. de Palma. Argentina, 1994.
- DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Angel. **Derecho informático**. Ed. Arazandi. España, 1993
- DELPIAZZO, Carlos. **Derecho informático**. Ed. Idea. Montevideo, Uruguay , 1995
- FERNÁNDEZ, Enrique 1996 **La protección internacional de los programas de ordenador**. Ed. Comares. Granada, España, 1996.
- Fundación Tomás Moro. **Diccionario jurídico espasa**. Ed. Espasa Calpe, S.A. Madrid, España, 1999.
- GARCIA, Jesús Eduardo. **Introducción a la teleinformática**. Ed. McGraw-Hill. España, 1993.
- LORENZETTI, Ricardo. **Comercio electrónico**. Ed. Abeledo-Perrot Buenos Aires Argentina, 2001.
- MESSINEO, Francesco. **Manual de derecho civil y comercial**. Ed. Jurídicas Europa América. Buenos Aires, Argentina, 1979.

## **Legislación:**

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

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

**Código Civil.** Decreto Ley 106 del Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Enrique Peralta Azurdía.

**Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas.** Decreto Número 47-2008 del Congreso de la República de Guatemala.

