

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

**EL CONTRATO ATÍPICO DENOMINADO “ESCROW” COMO MECANISMO
ALTERNATIVO DE PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
EN MATERIA DE SOFTWARE**

MARÍA DE LOS ANGELES VELÁSQUEZ SACTIC

GUATEMALA, FEBRERO DE 2012

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

**EL CONTRATO ATÍPICO DENOMINADO “ESCROW” COMO MECANISMO
ALTERNATIVO DE PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
EN MATERIA DE SOFTWARE**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MARÍA DE LOS ANGELES VELÁSQUEZ SACTIC

Previo conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, febrero de 2012

**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 Jose Eduardo Salazar Dieguez
VOCAL V: Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIO: Lic. Marco Vinicio Villatoro López

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Víctor Manuel Hernández Salguero
Vocal: Licda. María del Carmen Mansilla Girón
Secretario: Licda. Rosa Amalia Cajas Hernández

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Eddy Augusto Aguilar Muñoz
Vocal: Licda. Mirza Eugenia Irurgaray López
Secretario: Lic. Rodolfo Giovani Celis López

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.)

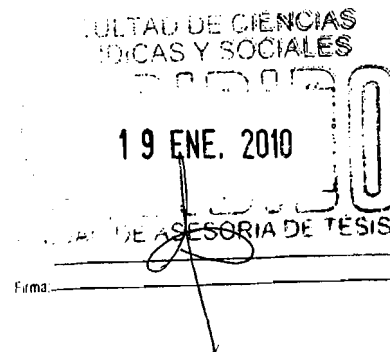
Rosa Estela Salazar García de Anzoátegui
Abogada y Notaria



Guatemala, 22 de septiembre de 2,009

Licenciado:

Carlos Manuel Castro Monroy,
Coordinador de la Unidad de Asesoría de Tesis,
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Ciudad Universitaria.



Licenciado Castro Monroy:

De acuerdo con el nombramiento emitido por esa Unidad el día veinte de agosto del año dos mil nueve, en el que se dispone nombrar a la suscrita como Asesora del Trabajo de Tesis de la Bachiller MARÍA DE LOS ANGELES VELÁSQUEZ SACTIC, a usted informo: Que la postulante presentó el tema de investigación intitulado: EL CONTRATO ATÍPICO DENOMINADO "ESCROW" COMO MECANISMO ALTERNATIVO DE PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN MATERIA DE SOFTWARE.

De acuerdo a lo establecido por el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de la Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de dicha casa de estudios el trabajo presentado posee un excelente contenido táctico y científico con una metodología basada en el uso de los métodos inductivo, deductivo y científico, utilizando las técnicas de investigación documental, bibliográfica, la observación y otros.

Se utilizó la metodología pertinente, con una redacción clara y de manera práctica para la fácil comprensión del lector, en su elaboración se utilizó bibliografía de autores nacionales e internacionales en materia de software, arribando a conclusiones y recomendaciones importantes que deben ser tomadas en cuenta, tanto por autoridades en materia mercantil, como por legisladores, parlamentarios, y sobre todo estudiosos del Derecho y de la población en general.

Asimismo es un aporte importante para actualizar lo relacionado con el Derecho de Autor en materia Mercantil. El contrato de "Escrow" puede utilizarse en varios ámbitos y no solo en materia de software ya que en la práctica se utiliza como una carta de crédito, como se observa en los anexos.

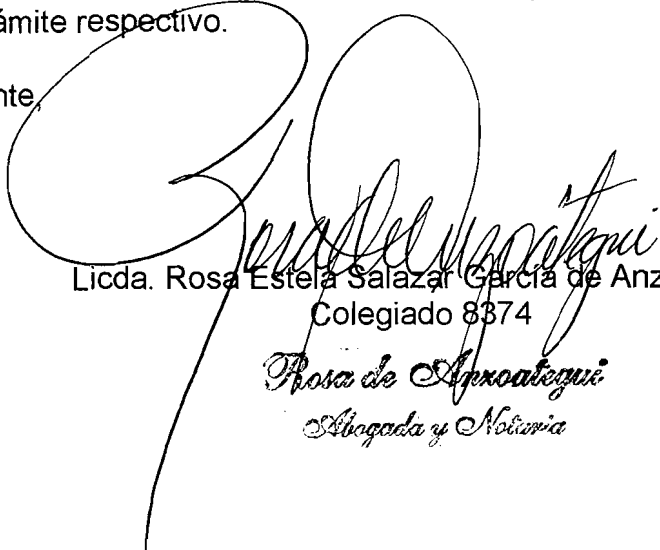


Rosa Estela Salazar García de Anzoátegui
Abogada y Notaria

Y para lograr el avance de la tecnología y la demanda de creación de programas de software por parte de personas que buscarán siempre simplificar las tareas cotidianas; como estudiosos del Derecho buscamos garantizar las relaciones mercantiles y la protección de los derechos de Autor con figuras jurídicas que se adaptan a las necesidades mundiales, en virtud de la tecnología que avanza es recomendable " EL CONTRATO ATIPICO DENOMINADO ESCROW" dentro de la legislación guatemalteca.

Por lo antes mencionado, considero que el trabajo de mérito, cumple con todos los requisitos indispensables que para el efecto establece del Normativo para la Elaboración de la Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, por lo que procedo a emitir DICTAMEN FAVORABLE, en el presente trabajo de tesis, para que continúe su trámite respectivo.

Deferentemente,


Licda. Rosa Estela Salazar García de Anzoátegui
Colegiado 8374

Rosa de Anzoátegui
Abogada y Notaria



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala

UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintiuno de enero de dos mil diez.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) ROSA ACEVEDO DE ZALDAÑA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante MARÍA DE LOS ANGELES VELÁSQUEZ SACTIC, Intitulado: "EL CONTRATO ATÍPICO DENOMINADO "ESCROW" COMO MECANISMO ALTERNATIVO DE PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN MATERIA DE SOFTWARE".

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


LIC. MARCO TULLIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



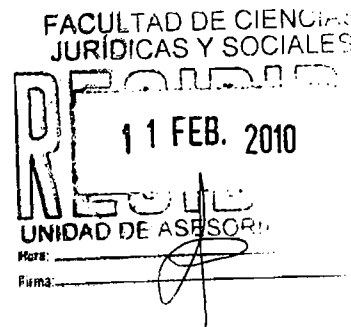
cc. Unidad de Tesis
MTCL/sllh.

LICDA. ROSA HERLINDA ACEVEDO DE ZALDAÑA
ABOGADA Y NOTARIA



Guatemala, 11 de febrero de 2010.

Licenciado:
Marco Tulio Castillo Lutín,
Coordinador de la Unidad de Asesoría de Tesis,
Facultad de Ciencias Jurídicas Y Sociales,
Ciudad Universitaria.



Licenciado Castillo Lutín:

En cumplimiento a la resolución emitida por la Unidad de Asesoría de Tesis de fecha veintiuno de enero de dos mil diez, en la cual se me nombró como revisora de tesis de la bachiller **MARÍA DE LOS ANGELES VELÁSQUEZ SACTIC**, quien se identifica con el carné número 200412190 sobre el tema intitulado: "EL CONTRATO ATÍPICO DENOMINADO "ESCROW" COMO MECANISMO ALTERNATIVO DE PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN MATERIA DE SOFTWARE", me permito exponer los siguientes aspectos:

El tema objeto de estudio por parte de la sustentante, se adecua a las normas reglamentarias exigidas por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, ya que al recomendarle las correcciones pertinentes, éstas fueron atendidas con exactitud, consultando a profesionales y analizando a exactitud las figuras propuestas; y en base, al Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de la Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, me permito opinar:

Que analicé detenidamente el trabajo de tesis ya referido, el cual se efectuó bajo mi inmediata dirección y supervisión, indicándole a la Bachiller María de los Angeles Velásquez Sactic, aspectos técnicos sobre la elaboración del trabajo, y considero que es un tema de valiosa importancia en el ámbito del derecho en general y en la informática, en virtud que tutela bienes jurídicos a los cuales la legislación guatemalteca los ha dejado desprotegidos.

Respecto al contenido científico y técnico, considero que la presente tesis se ha basado en preceptos científicos que dan validez a la hipótesis propuesta y además contiene lenguaje técnico acore al tema propuesto. Se considera que esta investigación constituye una fuente de conocimiento no sólo en el ámbito jurídico sino también en el de la tecnología, por lo que éste constituye una contribución científica de relevancia en el campo del derecho mercantil, derecho notarial y en la programación ya que es un tema novedoso, actual, que va a la vanguardia con la tecnología y que no beneficia únicamente a los estudiosos del derecho sino también a comerciantes dedicados a la elaboración del software y a las empresas que los utilizan porque se enfoca en la protección del programa mismo y no de personas en particular, por ende todos los que intervienen en dicha contratación son protegidos en sus derechos, como se observa en los anexos.

LICDA. ROSA HERLINDA ACEVEDO DE ZALDAÑA
ABOGADA Y NOTARIA



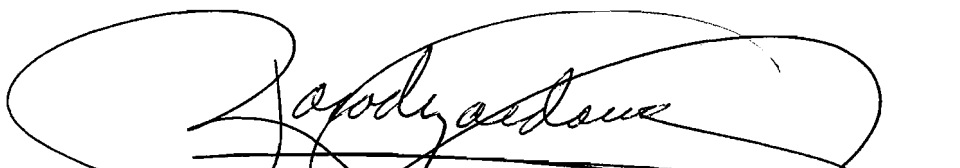
La metodología es adecuada, utilizó los métodos deductivos, inductivos, analíticos y sintéticos, partiendo su análisis desde la importancia de la protección al derecho de autor; utilizando las técnicas de investigación como el resumen, el comentario y entre otras; asimismo las consultas bibliográficas fueron de gran contribución para realización del presente trabajo de tesis, por su contenido histórico, científico y jurídico.

El tema de estudio se llevó a cabo con una redacción práctica y de fácil comprensión que da a entender la esencia del presente trabajo de tesis, en relación al análisis de las conclusiones planteadas opino que son adecuadas porque indican que el problema principal es la falta de conocimiento hacia este nuevo contrato lo que conlleva a no utilizarlo, y derivado de ello no se aprovechan sus ventajas, porque las actuales negociaciones no se adecuan a este tipo de objeto, como lo son los programas de ordenador, en las recomendaciones se propone una nueva forma de coadyuvar al Estado al proporcionar un mecanismo paralelo al del Registro de la Propiedad Industrial para proteger los programas de ordenador que hoy en día han sido objeto de violaciones.

Siendo que el presente trabajo cumple con los parámetros requeridos y los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, para mi persona es una satisfacción haber contribuido a la realización del mismo, en consecuencia pongo en conocimiento de las autoridades de la facultad, que la finalidad de la investigación es ser una herramienta de estudio, para los estudiantes y profesionales de las Ciencias Jurídicas y Sociales y para cualquier persona que se dedique a desarrollar programas de ordenador.

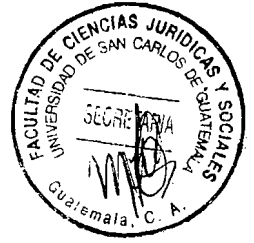
Por lo anterior indicado, al haberse llenado todos los requisitos de carácter legal, técnico y profesional exigidos por esa Unidad Académica, me permito emitir **DICTAMEN FAVORABLE**, en el trabajo de tesis de la bachiller **MARÍA DE LOS ANGELES VELASQUEZ SACTIC**, intitulado: "EL CONTRATO ATÍPICO DENOMINADO "ESCROW" COMO MECANISMO ALTERNATIVO DE PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN MATERIA DE SOFTWARE", considerando que el presente trabajo de tesis puede ser sometido a su revisión y posterior aprobación, para que pueda servir de base al Examen Público del autor.

Deferentemente,



LICDA. ROSA HERLINDA ACEVEDO NOLASCO DE ZALDAÑA
ABOGADA Y NOTARIA
Colegiada No. 4408

Licda Rosa Acevedo de Zaldaña
Abogado y Notario



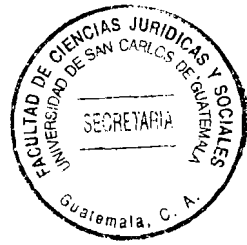
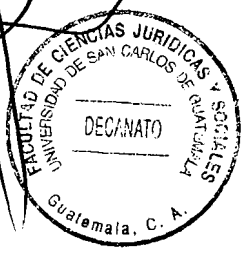
DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, siete de octubre del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante MARÍA DE LOS ANGELES VELÁSQUEZ SACTIC, Titulado EL CONTRATO ATÍPICO DENOMINADO “ESCROW” COMO MECANISMO ALTERNATIVO DE PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN MATERIA DE SOFTWARE. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

11-10.

CMCM/sllh,





DEDICATORIA

- A DIOS:** Como un eterno agradecimiento por darme vida, salud, amor, inteligencia y por bendecir este sueño, infinitas gracias Padre por la providencia de todos los días, por ser la luz en mi vida que me guía, me ilumina y me inspira.
- A LA VIRGEN MARÍA:** Por ser mi modelo de mujer a seguir, mi madre celestial y mi intercesora ante Dios Hijo.
- A MIS PADRES:** Mario Fernando Velásquez González (Q.E.P.D.) y Vilma Piedad Sactic Estrada (Q.E.P.D.) por ser los mejores ángeles que Dios pudo darme y por guiarme desde el cielo; y especialmente a María Amanda Estrada por cuidarme y amarme como una hija más.
- A MI HERMANA:** Rosa Amanda Velásquez Sactic, por ser mi compañera de vida, mi mejor amiga, mi ejemplo, gracias por todo tu amor, tus enseñanzas y por todos los momentos maravillosos y difíciles que hemos vivido juntas.
- A MI FAMILIA:** A todas esas personas que han estado presentes en mi vida, brindándome amor, consejos, y apoyo en todo momento.
- A MIS AMIGOS:** Aunque no los individualizo por nombre saben que los quiero mucho y sigan adelante.
- A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA:** Especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y a mis catedráticos por todos los conocimientos compartidos.
- A USTED:** Por su presencia y por compartir conmigo este momento.



ÍNDICE

Pág.

Introducción.....i

CAPÍTULO I

1. Programas de ordenador.....1

1.1 Software1

1.1.1 Definición.....1

1.1.2 Definición legal de software.....3

1.1.3 Naturaleza jurídica de los programas de ordenador (software).....3

1.1.4 Elementos que intervienen en la creación del software.....4

1.1.5 Tipos de software6

1.1.6 Proceso de creación del software.....7

1.1.7 Diferencia entre software y hardware8

1.1.8 Licencia de uso9

1.2 Programas fuentes.....10

1.2.1 Definición y significado10

1.2.2 Etapas en la creación del código fuente14

1.2.3 Software libre16

CAPÍTULO II

2. Protección legal de los programas de ordenador en Guatemala19

2.1. Propiedad intelectual19

2.1.1 Historia de la propiedad intelectual19

2.1.2 Definición de propiedad intelectual.....24

2.1.3 Objeto de la propiedad intelectual26

2.1.4 Posición de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos para
2.1.5 proteger los programas de ordenador27

2.2 Categorías de la propiedad intelectual28

2.2.1 Propiedad industrial28

- Definición28

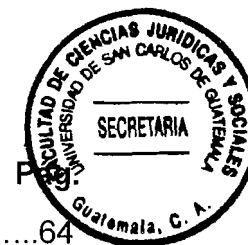


	Pág.
2.2.2 Derecho de autor	29
• Definición de derecho de autor	30
• Sujeto, objeto y contenido	31
• Registro de obras	33
• Campo de aplicación	34
2.3 Registro de la Propiedad Intelectual	34
2.3.1 Antecedentes históricos en Guatemala.....	35
2.3.2. Función general.....	36
2.3.3. Funciones del Registro de la Propiedad Intelectual.....	36
2.3.4. Tratados que ha ratificado Guatemala en materia de derechos de- propiedad intelectual	38
2.4 Delitos contra los programas de ordenador	40
2.5 Organización Mundial de la Propiedad Intelectual	41

CAPÍTULO III

3. El contrato atípico denominado escrow como mecanismo alternativo de protección de la propiedad intelectual en materia de software	45
3.1 El contrato de escrow o depósito fuente	45
3.1.1 Etimología.....	47
3.1.2 Origen	48
3.1.3 Definición	49
3.1.4 Naturaleza jurídica	55
3.1.5 Características	56
3.1.6 Formalidades	58
3.1.7 Sujetos	58
3.1.8 Modalidades del contrato de escrow	60
3.1.9 Campo de aplicación	62
3.1.10 Operaciones comunes	63
3.1.11 Terminación	63

Pág.



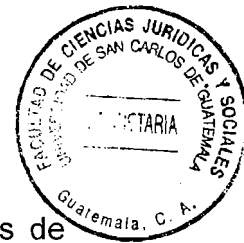
3.2.1	Etimología.....	64
3.2.2	Definición de notario	64
3.2.3	Fe pública del notario	66
3.2.4	Ventajas de depositar el código fuente ante un notario	68
3.2.5	Responsabilidad del notario al ser depositario del código fuente ...	68
3.2.6	Remuneración del notario como depositario del código fuente.....	70
3.2.7	Término de la responsabilidad del notario	70

CAPÍTULO IV

4.	Diferencias del contrato de escrow con el depósito y el fideicomiso	73
4.1	Contrato de depósito	73
4.1.1	Definición	73
4.1.2	Definición legal	74
4.1.3	Naturaleza jurídica	74
4.1.4	Elementos	74
4.1.5	Características	75
4.1.6	Clases de depósito	77
4.1.7	Formas de terminación	78
4.2	Contrato de fideicomiso	79
4.2.1	Antecedentes	79
4.2.2	Definición	80
4.2.3	Definición legal	81
4.2.4	Naturaleza jurídica	81
4.2.5	Elementos	81
4.2.6	Características	85
4.2.7	Forma del fideicomiso	87
4.2.8	Clases de fideicomiso	87
4.2.9	Nulidad del fideicomiso	88
4.2.10	Formas de terminación	89
4.3	Diferencias del contrato de escrow con otros contratos	90



4.3.1	Diferencias del contrato de escrow con el depósito	91
4.3.2	Diferencias del contrato de escrow con el fideicomiso	93
4.3.3	Ventajas del uso del contrato de escrow	95
4.3.4	El contrato de escrow utilizado como carta de crédito	96
CONCLUSIONES.....		99
RECOMENDACIONES.....		101
ANEXOS.....		103
ANEXO I: Glosario		105
ANEXO II: Modelo de contrato de escrow		107
ANEXO III: Acuerdo interbancario de la asociación bancaria de Guatemala.....		111
ILUSTRACIONES		119
BIBLIOGRAFÍA.....		123

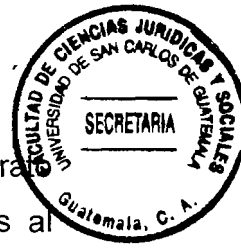


INTRODUCCIÓN

Este trabajo de investigación está basado e inspirado en las nuevas tendencias de globalización, que trae consigo la era tecnológica en la cual los programas de ordenador han tenido un auge de expansión impresionante, debido a la simplificación en las tareas cotidianas que conlleva su uso. Es por esto que el derecho busca las formas de proteger a los autores de estos programas, sale de su esfera tradicional y se adapta a nuevas figuras contractuales que se adapten a cada nueva necesidad y conflictos surgidos por la **era virtual**, por lo que el contrato de **escrow** o depósito fuente se perfila como el mecanismo paralelo o idóneo para proteger la propiedad intelectual de los autores de los programas de ordenador ya mencionados, más conocidos como software.

El problema que da origen al presente trabajo que es la falta de conocimiento acerca del contrato de depósito de fuente **escrow**, conlleva a que el negocio realizado entre los desarrolladores de software y el usuario final, resulte riesgoso y sin garantía, ya que el primero al no inscribir su programa en el Registro de la Propiedad Intelectual y aún inscribiéndolo, corre el riesgo que el código que da origen al mismo sea vendido, copiado y utilizado por otras personas ajenas al negocio, y el segundo no obtiene una garantía legal suficiente que le asegure que el servicio que necesitan y por el que ya pagó les siga siendo proveído de una manera periódica y regular. De esta forma la hipótesis del presente estudio consistió en demostrar que la utilización del contrato de **escrow** en Guatemala, permitirá que en el momento de contratar la prestación de servicios de software, se garantice el derecho de autor para el desarrollador del programa así como la continuidad del servicio para el usuario final, porque constituye un mecanismo alternativo de protección de la propiedad intelectual en esta materia, la cual fue comprobada al determinar que la aplicación de este contrato trae ventajas para ambas partes en la contratación de este tipo de servicios.

Los objetivos fueron: establecer el contrato atípico **escrow** como un mecanismo alternativo de protección y garantía de la propiedad intelectual en materia de software en Guatemala, determinar las ventajas que tendrá la aplicación de este contrato para los desarrolladores de software y para los usuarios finales, diferenciarlo de otros



contratos como lo es el depósito y el fideicomiso, determinar los otros usos del contrato en otras áreas del derecho, implementarlo en los negocios mercantiles relativos al software como una garantía de propiedad intelectual y un ahorro en la economía de las partes que intervengan en dichos negocios, y como supuestos surgieron los siguientes: el contrato de escrow es un negocio que se puede aplicar no sólo a la protección del derecho de autor si no también a otras áreas de la contratación civil, las negociaciones en materia de software que cada día aumentan en Guatemala producto de la globalización se podría agilizar gracias a este contrato.

La presente investigación consta de cuatro capítulos, los cuales se resumen de la siguiente manera: capítulo I, que trata del conocimiento de los programas de ordenador, conocidos como software y sus diferentes etapas de creación, así como también de la creación del código fuente (objeto del presente contrato); el capítulo II, trata de la protección legal de los programas de ordenador en Guatemala y las diferentes categorías de la propiedad intelectual; el capítulo III, abarca el tema principal de la investigación, presentando al contrato atípico denominado escrow como mecanismo alternativo de protección de la propiedad intelectual en materia de software, así como el papel importante que juega el notario dentro de este tipo de contratos; y por último el capítulo IV, desarrolla las semejanzas y diferencias del contrato de **escrow** con otras figuras contractuales reguladas en la legislación como lo es el contrato de depósito y el de fideicomiso, así como de otra figuras.

Los métodos utilizados se basaron principalmente en el análisis de los conceptos y las figuras contractuales, lo que llevó a sintetizar la información más relevante y en base a la información recaba se logró deducir los problemas y posibles soluciones a tratar en este tema; las técnicas de investigación estuvieron basadas principalmente en la observación indirecta que dio como resultado a la recopilación de información, la cual fue clasificada para ser trabajada en diferentes temas y áreas.



CAPÍTULO I

1. Programas de ordenador

Los programas de ordenador tienen especial relevancia en el ámbito de la informática ya que son la fuente de toda programación computarizada y a través de ellos se logra el correcto funcionamiento de cualquier equipo.

1.1 Software

La palabra software es como comúnmente se le conocen a los programas, funciones y todos aquellos datos que se almacenan en un ordenador ó computador.

1.1.1 Definición

Etimológicamente la palabra software proviene del inglés o anglosajón que significa literalmente “partes blandas o suaves.”¹

En el idioma español no tiene una traducción adecuada, por lo que la anterior definición fue admitida por la Real Academia Española. Aunque no es estrictamente lo mismo, suele sustituirse por expresiones tales como *programas (informáticos)*, *aplicaciones (informáticas)* o *programas de ordenador*.

“Se denomina software a todos los componentes intangibles de una computadora, es decir, al conjunto de programas y procedimientos necesarios para hacer posible la realización de una tarea específica, la palabra software es sinónimo de todo programa o

¹ Word Net & Princeton University, Marco Baroni y Eros Zanchetta. Diccionarios de español, inglés, francés y portugués, año 2009 <http://www.wordreference.com/> software; 15/01/2010

aplicación programado para realizar tareas específicas, el software se ejecuta dentro del hardware (cualquier componente físico tecnológico, que trabaja o interactúa de algún modo con la computadora).”²

Por lo que se puede decir que el software o bien los programas de ordenador, son la parte intangible de una computadora, todo aquello que provoca el correcto funcionamiento interno, lo que produce que las funciones del computador puedan ser ejecutadas, y el hardware es todo aquel elemento externo, material, visible a simple vista o no (porque pueden estar dentro de la computadora pero siguen siendo tangibles), que incluso hace referencia a elementos externos como la impresora, el mouse, el teclado, el monitor y demás a los que comúnmente se le conocen como periféricos o complementarios.

Es resumen el software o programas de ordenador son una suma total de los programas de cómputo, procedimientos, reglas, documentación y datos asociados que forman parte de las operaciones de un sistema de cómputo, no importando su clase o materia, o los resultados que produzcan.

“Dentro de la definición de software se estudia las otras formas de software como lo son los códigos fuente, binario o ejecutable, además toda su documentación.”³

Otra definición más completa acerca del software sería que consiste en un “código, que es un lenguaje de máquina específico para una computadora de alto nivel que es más

² Vergara, Kevin. Software de Aplicación, marzo de 2007 <http://www.bloginformatico.com/software.php>; 21/01/2010

³ Ibid



sencillo de escribir, pues es más cercano al lenguaje natural humano, pero de convertirse en dicho lenguaje de máquina para poder ser ejecutado.”⁴

1.1.2 Definición legal de software

Como todo ámbito en el ordenamiento jurídico guatemalteco tiene un respaldo en la ley, y el caso del software no es la excepción, se puede encontrar una definición legal de software en la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos en su Artículo cuatro, y lo define de la siguiente forma:

“Programa de ordenador: La obra constituida por un conjunto de instrucciones expresadas mediante palabras, códigos, planes o bien en cualquier otra forma, que al ser incorporadas a un soporte legible por máquina, es capaz de hacer que el ordenador ejecute determinada tarea u obtenga determinado resultado.”

La legislación guatemalteca está protegiendo la creación mental del autor al mencionar **la obra**, además al estar contenida en la ley anteriormente mencionada se intenta dar cierta protección al derecho de autor aunque no se establezcan los procedimientos para hacerlo ni las medidas de prevención que se podrían utilizar, es así que deja lagunas en cuanto a la solución de conflictos que de ella se deriven.

1.1.3 Naturaleza jurídica de los programas de ordenador (software)

En la actualidad existe controversia para determinar la verdadera naturaleza jurídica de los programas de ordenador más conocidos como software, ya que como se aprecia en las definiciones anteriores son elementos intangibles, que no son visibles y por lo tanto resultan un tanto difícil de entender y mucho más asignarle un valor dentro de la legislación, pero se puede decir que “la naturaleza es acorde a quien lo desarrolla,

⁴ Wales, Jimmy y Larry Sanger. Enciclopedia Libre. Software, año 2001. <http://www.wikipedia.org/software>: 21/01/2010



quien lo utiliza y el vínculo legal que lo autoriza a ello, es decir, para el creador del programa llamado también desarrollador cuando se beneficia directamente de su obra es bien mueble, para el usuario final del software cuando esta autorizado para su utilización por una licencia se puede considerar como un servicio.”⁵

Se puede ver entonces que desde el punto de vista de quien esté aprovechando el software así es la naturaleza jurídica que adopta, en este caso de estudio particularmente, al tratar el contrato atípico de escrow se ubicará como **bien mueble** ya que, no se está tratando la cesión o licencia del software al usuario final sino que el desarrollador, el autor conserva la propiedad exclusiva del software en especial de su origen (código fuente) principalmente con el objetivo que sea garantizado dicho derecho de autor y verse beneficiado en una forma pecuniaria.

1.1.4 Elementos que intervienen en la creación del software

Como estudiantes de derecho se debe entender que siempre que exista una relación contractual, de cualquier tipo, existen varios elementos que intervienen en el mismo, y este caso no es la excepción ya que según las etapas de creación del software se encuentra gran variedad de elementos pero en forma generalizada y adecuando el presente tema al derecho se puede llenar este vacío y de esta manera los elementos que intervienen en una relación en donde el software es el elemento principal son:

Elementos subjetivos: como en todas las relaciones contractuales existen elementos o partes que las hacen posibles por lógica el elemento subjetivo son todas aquellas personas individuales o jurídicas que participan en la creación del software y luego en el aprovechamiento, venta, distribución del mismo, entre ellas se puede mencionar:

⁵ Barrios Osorio, Omar Ricardo. Derecho e informática. Aspectos fundamentales, pág 175



1. El autor del programa: la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos en el Artículo cinco establece que: “es autor la persona física que realiza la creación intelectual, solamente las personas naturales pueden ser autoras de una obra...”
Asimismo en el Artículo seis de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos se hace referencia a quien se considera como autor de una obra y es “la persona natural cuyo nombre o pseudónimo conocido este indicado en ella, o se enuncie en la declamación, ejecución, representación, interpretación o cualquier otra forma de difusión pública de dicha obra...”
2. Titular del programa de ordenador: en el mismo artículo citado anteriormente se desarrolla la institución del titular de la obra de la cual se puede resumir que es la persona individual o jurídica que ostenta los derechos de creación de una obra de esta naturaleza, el titular puede ser el mismo autor o no;
3. Usuario: es cualquier persona individual o jurídica, nacional o extranjera que adquiere, de cualquier forma y modo el derecho de utilizar total o parcialmente un programa de ordenador, pero si el software fue cedido o vendido éste se convertiría también en el titular del software, según se infiere de la lectura de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos.
4. Distribuidor: en la legislación no se establece una definición precisa de lo que es un distribuidor, pero se puede concluir que un distribuidor dentro de este tipo de relaciones sería aquella persona autorizada por el autor o el titular de una obra para poder hacerla llegar al público en general.

Elementos objetivos: serían todos aquellos que tienen relación con la mera prestación del servicio y constituyen la obra realizada y la retribución del autor o quien tenga la titularidad del mismo, entre éstos esta el código fuente, objeto del presente trabajo.



Elementos formales: que en este caso sería en si el aprovechamiento y el uso programa creado, y no quedaría solo en eso, si no que va mas allá, así pues se puede decir que dentro de los elementos formales también se podría mencionar la forma de la negociación, si es a través de un documento público o privado y de una forma escrita u oral.

1.1.5 Tipos de software

En la legislación guatemalteca se encuentra la clasificación legal de los programas de ordenador, específicamente en el Artículo 30 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos, siendo los siguientes:

- “Programas operativos, y
- Programas aplicativos”

En palabras sencillas y entendiendo las definiciones de varios autores se puede concluir que los primeros se pueden definir como todos aquellos que tienen y permiten comunicación entre la computadora y el usuario; y, los segundos como aquellos que permiten un sin fin de funciones y procedimientos cotidianos como almacenamiento, procesamientos, organizaciones y todas aquellas simples funciones que del hecho del uso de derivan.

Doctrinariamente el software puede distinguirse en tres categorías: “software de sistema, software de aplicación y software de programación.”⁶.

⁶ Barrios Osorio, Omar Ricardo, Ob cit, pág. 17



Estos tres tipos de categorías del software no se deben entender de forma separada, que es el conjunto de ellos y la plena unión la que logran el perfecto funcionamiento de una computadora, aunque en la vida diaria y como personas conocedoras de derecho y no tanto de informática o computación, no se pueda apreciar donde empieza y termina cada uno, es interactuando entre sí que podemos acceder a diferentes actividades en el mundo de la computación.

1.1.6 Proceso de creación del software

El proceso de creación de un programa de ordenador se puede definir como “el conjunto ordenado de pasos a seguir para llegar a la solución de un problema u obtención de un producto, en este caso particular, para lograr la obtención de un producto software que resuelva un problema.”⁷

Ese proceso de creación de software para estudiosos y versados en derecho puede llegar a ser muy complejo y a veces tedioso, ya que son procedimientos ajenos a la capacidad jurídica y se vuelven temas más prácticos y técnicos, es por ello que estos temas se han tratado de una forma comprensible y más sencilla.

El proceso de desarrollo puede involucrar numerosas y variadas tareas, desde lo administrativo, pasando por lo técnico hasta llegar a la creación del mismo. Pero casi rigurosamente siempre se cumplen ciertas **etapas mínimas**; las que se pueden resumir como sigue:

1. “Captura,

⁷ Barrios Osorio, Omar Ricardo, Ibid, pág. 10



2. Elicitación,
3. Especificación y análisis de requisitos,
4. Diseño,
5. Codificación,
6. Pruebas ya sea unitarias y de integración,
7. Instalación y paso a producción,
8. Mantenimiento.”⁸

1.1.7 Diferencia entre software y hardware

La diferencia, entre un programa y otro estriba en que el hardware está formado por componentes físicos del ordenador, es decir, todo lo que se puede tocar, todo aquello que fácilmente se pueda palpar con los cinco sentidos, aunque estén dentro del computador, son elementos físicos, y el software son todos aquellos elementos que no se ven pero que permiten el correcto funcionamiento del ordenador, es un elemento lógico.

Para este trabajo y para una mejor comprensión se clasificará el **hardware** en dos tipos: el primero el que se encuentra dentro de la computadora y que por lo tanto no se puede ver a simple vista, y en segundo plano el que se encuentra alrededor de la computadora y que si se ve a simple vista, y que se denomina periféricos, pero el **software**: son las instrucciones que el ordenador necesita para funcionar, no existen físicamente, o lo que es igual, no se pueden ver ni tocar.

⁸ Ibid



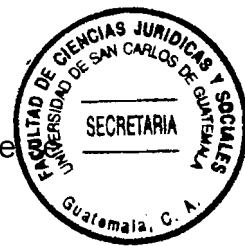
De esta manera se puede afirmar que el software es aquel elemento intangible de la computadora ya que los ojos humanos no lo ven, únicamente se ve los resultados de la aplicación de los mismos, mientras que el hardware es elemento material tangible aunque como ya se dijo no sean externos porque pueden estar dentro de la computadora pero siguen siendo materiales, a través del cual logramos ejecutar con éxito los programas de ordenador, en resumen el hardware y software interactúan entre si y hacen operativa la maquina o computador.

1.1.8 Licencia de uso

Una **licencia de software** es un contrato entre el titular del derecho de autor (propietario) y el usuario del programa informático (usuario final), para utilizar éste en una forma determinada y de conformidad con unas condiciones convenidas.

De la definición anterior se establece que son contratos y según el Código Civil en el Artículo 1517 "Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación", a esta definición anterior se puede agregar que no solo se refiere a la obligación sino también a los derechos de las partes.

Se puede decir entonces que las licencias de software son acuerdos de voluntades que pueden establecer entre otras cosas: la cesión de determinados derechos del propietario al usuario final sobre una o varias copias del programa informático, los límites en la responsabilidad por fallos, el plazo de cesión de los derechos, el ámbito geográfico de validez del contrato e incluso pueden establecer determinados compromisos del usuario final hacia el propietario, tales como la no cesión del



programa a terceros o la no reinstalación del programa en equipos distintos al que instaló originalmente.

1.2. Programas fuentes

Los programas fuentes o códigos fuentes son el tema principal del presente trabajo, ya que la protección que se propone va dirigida a estos, por ser el origen de los programas de ordenador, dichos programas fuentes son los vulnerados al momento de la comisión de un delito de naturaleza informática.

1.2.1 Definición y significado

“El concepto de **programa fuente** se relaciona de forma directa con los lenguajes de programación y las aplicaciones creadas, porque precisamente programa fuente describe el argumento escrito por el programador que da inicio al desarrollo de su obra de software.”⁹

De el concepto anterior, se podría resumir a grandes rasgos en que el primer paso para la creación de los mismos es la compilación de los datos escritos, de tal forma que la computadora sea capaz de entenderlo y correrlo, por hablar en lenguaje técnico, dando lugar a un archivo ejecutable, es decir que pueda ser operado, pero más adelante se explicará cómo llega el código fuente a transformarse hasta poder ejecutar en el acciones específicas.

Un aspecto importante a tratar cuando se habla del código fuente de un programa informático es si dicho código fuente está disponible para que cualquiera pueda estudiar

⁹ Wales, Jimy y Larry Sanger. Ob Cit. Pág. 8



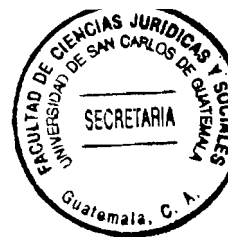
su contenido y, por tanto, conocer los detalles del funcionamiento interno del programa este código es conocido como código abierto, o software de fuente abierta llamado también open source, que en idioma español se traduce como fuente abierta, ya que cualquier persona puede tener acceso a ello.

“El **código fuente** de un software es un conjunto de líneas de texto que son las instrucciones que debe seguir la computadora para ejecutar dicho programa. Por tanto, en el código fuente de un programa está descrito por completo su funcionamiento. El código fuente de un programa está escrito por un programador en algún lenguaje de programación, pero en este primer estado no es directamente ejecutable por la computadora, sino que debe ser traducido a otro lenguaje (el lenguaje máquina o código objeto) que sí pueda ser ejecutado por el hardware de la computadora. Para esta traducción se usan los llamados compiladores, ensambladores, intérpretes y otros sistemas de traducción.”¹⁰

El área de la informática es la que se dedica a la creación de programas y por tanto a la creación de su código fuente, es la programación, es por ello que dichos temas contienen mucho dialecto técnico por lo que este trabajo de investigación busca además de proponer un nuevo contrato, explicar de manera más simple la creación y el origen de dichos programas.

Para poder comprender el objeto del contrato de escrow es necesario comprender lo que es el código fuente, ya que resulta ser la figura en torno de cual gira este contrato y éste trabajo porque lo que se busca es un método alternativo para proteger el software,

¹⁰ López, Alejandro. Código Fuente, año 2008, <http://www.lawebdelprogramador.com/código>; 21/01/2010



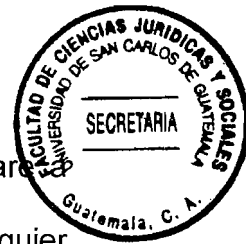
el cual se logra a través del depósito del origen del mismo el cual es el código fuente.

En la legislación guatemalteca se reconoce la existencia del código fuente y no sólo se limita a reconocimiento si no que también otorga una protección especial, tal y como se indica en el Artículo 30 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos: “Los programas de ordenador se protegen en los mismos términos que las obras literarias. Dicha protección se extiende tanto a los programas operativos como a los programas aplicativos, ya sea en forma de **código fuente** o código objeto y cualquiera que sea su forma o modo de expresión...”

El código o programa fuente es esencial en la creación de un programa de ordenador ya que se constituye como el origen del mismo, es por ello que es tan necesario el resguardo y protección del mismo.

Entonces es posible que de acuerdo a todas las definiciones anteriores, se puede formar una definición propia de código fuente como: un conjunto de líneas de código que conforman un bloque de texto numérico o alfabético, que normalmente genera otro código y mediante un compilador o recopilador se va reproduciendo a manera de que ese código pueda ser leído por la computadora y a la vez pueda ser ejecutado por la misma.

En el mundo actual del internet, la mayoría de las páginas web que en él se encuentran, tienen disponibles los códigos fuentes para su mejor apreciación por los usuarios, para comprobar lo anteriormente afirmado se procedió a realizar este pequeño ejercicio en el que con solo dar un **click** derecho sobre la página, ésta revela el código fuente de las mismas, en donde se logró obtener un fragmento del código fuente de la página



conocida mundialmente como **Google**, el que para mayor entendimiento mostramos en la continuación, únicamente con fines académicos y para demostrar que cualquier persona puede tener acceso al mismo, y para que se tenga un ejemplo visible de más o menos como se ve ante el ojo humano un código fuente:

```
<html><head><meta http-equiv="content-type" content="text/html; charset=UTF-8"><title>Google</title><script>>window.google={kEI:"U3o2Ss-qA4zu8AThnJ34CQ",kEXPI:"17259,18648,20745",kHL:"es"};
```

```
window.google.sn="webhp";window.google.timers={load:{t:{start:(new Date).getTime()}}};try{window.google.pt=window.gtbExternal&&window.gtbExternal.pageT()||window.external&&window.external.pageT}catch(b){} window.google.jsrt_kill=1;
```

```
var _gjwl=location;function _gjuc(){var b=_gjwl.href.indexOf("#");if(b>=0){var a=_gjwl.href.substring(b+1);if(/^(^)&q=/.test(a)&&a.indexOf("#")==-1&&!/(^)&cad=h($|&)/.test(a)){_gjwl.replace("/search?" + a.replace(/^(^)&fp=[^&]*/g,"")+"&cad=h");return 1}}return 0}function
```

```
_gjp(){!(window._gjwl.hash&&window._gjuc())&&setTimeout(_gjp,500)};
```

```
window._gjp && _gjp();</script><style>body,td,a,p,.h{font-family:arial,sans-serif}.h{color:#36c;font-size:20px}.q{color:#00c}.ts td{padding:0}.ts{border-collapse:collapse}#gbar{height:22px;padding-left:0px}.gbh,.gbd{border-top:1px solid #c9d7f1;font-...”11
```

¹¹ Portal principal Google, año 1998, <http://www.google.com>; 11/01/2010

1.2.2 Etapas de la creación del código fuente

Para poder estudiar y conocer a fondo como se origina y funciona un código o programa fuente, se deben estudiar las etapas que este mismo sufre desde ser una idea aislada hasta lograr la ejecución del programa. Esta serie de pasos son los que comúnmente siguen los creadores del mismo para obtener exitosamente un programa de ordenador.

Como en todo proceso de creación, de cualquier clase, se deben observar ciertos momentos o etapas para llegar a un fin o resultado determinado, en el caso de la creación del software o programas de ordenador, se debe iniciar con la creación del código fuente y en esta área no hay etapas con un nombre específico, no son nominadas aún, únicamente son conocidas en el medio de programación como primera etapa, segunda etapa, tercera etapa y cuarta etapa.

“Primer etapa: en la creación del código fuente es la generación del **algoritmo**. Planteo del problema, desglose en subproblemas y solución de estos en términos abstractos.

Un algoritmo es una secuencia no ambigua, finita y ordenada de instrucciones que han de seguirse para resolver un problema. Un programa normalmente implementa un algoritmo, en la que la secuencia de instrucciones en sí debe ser finita, no el número de pasos realizados. Los programas suelen subdividirse en partes menores (módulos), de modo que la complejidad algorítmica de cada una de las partes sea menor que la del programa completo, lo cual ayuda al desarrollo del programa.



Segunda etapa: después se genera el código fuente que pueden ser más de uno para la generación de un único ejecutable. El programa fuente es una secuencia de sentencias escritas en la sintaxis del lenguaje que se ingresan utilizando un editor de textos.

Tercera etapa: este paso se lleva a cabo a través del uso de un compilador. Este se encarga de traducir el programa fuente en códigos que el computador pueda entender directamente (**código de máquina**, también llamado **código objeto**). En esta traducción se transforman todas las sentencias en sintaxis de C a código de máquina, pero las llamadas a funciones externas o de biblioteca no quedan resueltas, por lo que todavía, el código objeto no puede ser ejecutado. Es decir el programa escrito en un lenguaje de programación que es comprensible por el ser humano, aunque se suelen corresponder con lenguajes formales descritos por gramáticas independientes del contexto, no puede ejecutarlo directamente una computadora. La opción más común es compilar el programa obteniendo un módulo objeto, aunque también puede ejecutarse a través de un intérprete informático.

El código fuente del programa se debe someter a un proceso de traducción para convertirse en lenguaje máquina, interpretable por el procesador. A este proceso se le llama *compilación*.

Cuarta etapa: Ligar las llamadas a funciones no resueltas. Este paso se realiza a través de un ligador (linker), el que se encarga de: a partir de los códigos objeto y de las **bibliotecas** de rutinas (conjunto de códigos objetos de las funciones de biblioteca) generar un módulo ejecutable directamente por el computador (**programa ejecutable**).



En palabras más simples las etapas de creación del código fuente se resumen así:

El código fuente es compilado y codificado en código de maquina y distribuido en varios archivos que se conocen como código objeto, y para ser ejecutado se enlazan todos esos archivos que contiene el código fuente utilizando un programa conocido como linker (enlazador).¹².

De lo anterior se puede afirmar que, para que exista un programa de ordenador que pueda ser ejecutado correctamente, es necesario iniciar con la creación del código fuente, que es el elemento principal y el mas pequeño dentro del programa de ordenador, éste código se convertirá en código objeto que es el desarrollo del código inicial y posteriormente será ejecutable a través del **linker**.

El código fuente es un elemento intangible para el ser humano, pero debido a la serie de etapas que conlleva su creación se puede lograr representarle de alguna forma gráfica y visible para el ser humano.

1.2.3 Software libre

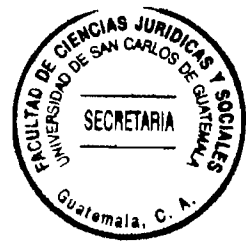
Es la denominación o tipo (según el punto de vista que se le quiera dar, para este trabajo será una denominación, porque los tipos ya los asignó la ley de la materia) del software que brinda libertad a los usuarios o clientes por decirlo así, sobre su producto adquirido y por tanto, una vez obtenido, puede ser usado, copiado, estudiado, modificado y redistribuido libremente. En otras palabras mas sencillas se refiere a la libertad de los usuarios para ejecutar, copiar, distribuir, estudiar, cambiar y mejorar el

¹² Wales, Jimy y Larry Sanger. Enciclopedia Libre. Software, año 2001. <http://www.wikipedia.org/software>; 21/01/2010



software de un modo más preciso, lo que lleva a creer que existen cuatro libertades por llamarlo así: la libertad de usar el programa con cualquier propósito; la de estudiar el funcionamiento del mismo y adaptarlo a las necesidades; la de de distribuir copias, con lo cual se puede ayudar a otros, y por último la de mejorar el programa y hacer públicas las mejoras.

Como estudiosos de derecho se debe mencionar que lo que jurídicamente implica el software libre es la libertad de ejecutarlo con la excepción de los que están restringidos en el país y que se encuentran establecidos en la Ley de Derecho de Autor y Derechos conexos; y libertad de acceso al código fuente que permite modificarlo, copiarlo, distribuirlo, esto representa en cierta forma comodidad para la persona que disfruta de ese software pero pone el alto riesgo el resguardo del derecho de autor, del creador de ese mismo código fuente, ya que en cualquier momento puede ser utilizado sin su consentimiento, lo cual vulneraría los derechos morales y patrimoniales a los que tiene derecho tal y como lo establece la ley, y como se desarrollará más adelante.





CAPÍTULO II

2. Protección legal de los programas de ordenador en Guatemala

La protección de los programas de ordenador comúnmente llamados software, le corresponde en si al derecho por ser éste el encargado de velar por el cumplimiento de la ley y reglamentar las relaciones particulares y específicamente al derecho penal por ser el encargado de tutelar los bienes jurídicos como lo es el derecho de autor.

2.1 Propiedad intelectual

La propiedad intelectual juega un papel importante al comprender al derecho de autor y derechos conexos y este a su vez comprende el área de creación de los programas de ordenador, por esta razón es importante conocer su historia, definición y objeto para entender el alcance de esta rama del derecho y su injerencia al momento de proteger al autor.

2.1.1 Historia de la propiedad intelectual

Para poder entender el origen y evolución que la propiedad intelectual ha tenido, es necesario hacer un breve análisis acerca de todas las etapas a través de la historia que contribuyeron al desarrollo de la misma, es por eso que se considera que para entender una institución del derecho es necesario saber las raíces del mismo, y todas aquellas incidencias que contribuyeron al fortalecimiento de la institución bajo estudio.

La historia de la propiedad intelectual surge como necesidad de proteger los derechos de las personas creadoras de obras (autor), sea cual fuere su naturaleza, ya sea si se



trata de las personas naturales (creadores), o las personas jurídicas (titulares).

Iniciando con la historia de la propiedad intelectual, se remonta a épocas antiguas ya que se menciona en el Código de Leyes Judías llamado Shulján Aruj, que es el nombre por el que se conoce a la más importante recopilación de normas de conducta contenidas en la religión judía. “No es un código en el sentido moderno de la palabra. Tampoco es una mera acumulación de leyes y preceptos sin orden ni método. Allí se menciona en forma explícita por primera vez la prohibición **gnevat a da'at**, contra el robo de ideas o conocimiento.”¹³

Históricamente, la propiedad intelectual no siempre ha sido reconocida.

Grandes autores literarios del pasado que han sido acusados de plagio, sólo se limitaban a tomar un asunto de otro escritor con entera libertad de acuerdo a lo que se permitía en su tiempo. En Inglaterra comenzó a ser reconocido el copyright como un derecho inherente a la creación literaria, y por extensión a la creación de obras propias del intelecto. Posteriormente comenzó la internacionalización de los derechos de autor, expandiéndose así en casi todos los países del mundo.

Aun así, la difusión del internet y la denominada **piratería** literaria y audiovisual han puesto en discusión los alcances y la necesidad de protección de estos derechos, aunque en Guatemala ese término no significa violación al derecho de autor o derechos conexos, según lo establece el Código Penal al regular la piratería como “quien practicare en el mar, lagos o en ríos navegables, algún acto de depredación o violencia contra embarcación o contra personas que en ella se encuentren, sin estar por algún

¹³ Shaul, Sutton. Programa de aprendizaje del shuljan aruj del shelmá de Israel. <http://shuljanaruj.com>; 17/02/2010



Estado beligerante...”, pero es utilizado porque dentro de la comunidad internacional posee significado de violación o reproducción indebida de cualquier material o creación humana.

Para un mejor entendimiento y a manera de ilustración se hará una mención de las diferentes etapas que han pasado para conocer la propiedad intelectual como es hoy en día, y de esta forma se puede clasificar de la siguiente manera:

Renacimiento: aparece como primer etapa ya que desde ésta aparecen vestigios de la propiedad intelectual, “dada la extensión de la imprenta de aquella época llevó nuevas ideas de erasmistas, (corriente ideológica y estética dentro del Humanismo renacentista, centrada en las ideas del holandés Erasmo que propugna un compromiso entre el protestantismo y el papado), y reformadores cristianos, alarmó prontamente a la Iglesia Católica, los príncipes y las repúblicas del continente europeo. Estos utilizaron entonces la tradición legal que amparaba a los gremios urbanos feudales para controlar de modo efectivo lo publicado. El autor no aparecía como sujeto de derechos, sino el impresor.”¹⁴

El renacimiento hizo florecer todas las áreas en el que el ser humano figuraba, desde los oficios mas sencillos hasta las mas grandes y complicadas profesiones de aquella época, y la propiedad intelectual no es la excepción, ya que en esta etapa surgieron las primeras **patentes**, las que aún en nuestros tiempos son utilizadas por los comerciantes para respaldar alguna creación o propiedad. La primera de la que se tiene constancia es una patente de monopolio de la República de Venecia.

¹⁴ Ibid



El Barroco: aparece como segunda etapa dentro de la historia de la propiedad intelectual y constituye un progreso importante en el ámbito del derecho de autor, ya que en ésta época se conocieron distintos intentos de regulación con el objeto de asegurar a los autores literarios una parte de las ganancias que se obtenían de sus obras, ya que cualquier impresor podía copiar una obra cualquiera, entonces el legislador buscaba motivar al autor, obligándole a quien copiara su obra a compartir una parte de los beneficios obtenidos con su creador.

La Ilustración francesa: aparece también como un período importante para el autor porque “mientras el copyright tendía a normalizar y uniformar el privilegio con una forma más de propiedad, el derecho de autor requería una fundamentación que al final lo equiparase con un derecho natural, no nacido de una concesión real, sino directamente reclamable de forma evidente lo cual, dado lo reciente de su aparición no era, ni mucho menos, una argumentación teórica fácil.”¹⁵

El siglo XIX: sin embargo la arrasadora expansión del capitalismo consolidó la lógica de la propiedad intelectual y del autor y se extendió hacia otras legislaciones. De hecho, la propiedad intelectual estuvo históricamente subordinada a los desarrollos económicos a lo largo de su historia y aún hoy en día se conserva esta tendencia.

“La Convención de Berna, convocada en el año 1886 por iniciativa de Víctor Hugo (autor de algunos libros con éxito en las ventas internacionales), marcó un momento decisivo en la globalización del derecho de autor al obligar a la reciprocidad en el reconocimiento de derechos a los autores por parte de los países signatarios. Aunque

¹⁵ Alessandri Besa, Arturo, Estudios de derecho y propiedad intelectual, pág. 64

eran originalmente tan sólo media docena y exclusivamente europeos se sentaron las bases del panorama actual.”¹⁶

El siglo XX: es el siglo del **copyright**, los derechos de autor y las patentes. Tras la convención de Berna antes mencionada se funda el BIRPI (organismo predecesor de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual hoy en día). “Aparecen ya las primeras sociedades de derechos. La segunda mitad del siglo, con el estallido industrial de la música popular y universalización del mercado audiovisual concentrado en Estados Unidos, llevaron a la formación de un gran mercado cultural mundial dependiente de la homologación internacional de la propiedad intelectual.”¹⁷

Esta pequeña reseña histórica del derecho de autor es importante conocerla debido a las diferentes etapas y transformaciones que sufrió el derecho de autor a través del tiempo, y como ha ido evolucionando hasta convertirse en lo que se conoce hoy en día, aunque en países como Guatemala todavía no se ha alcanzado el mayor auge y desarrollo del mismo, ya se cuenta con un Registro específico y con legislación suficiente para decir que en este país si se ha buscado proteger las creaciones del hombre, aunque sea el mismo hombre quien busque otras formas de infringir este derecho natural del ser humano. Es por ello que se presenta este trabajo como una alternativa más, como un coadyuvante para el Estado, ya que se busca resguardar y proteger a los autores de las obras, en este caso el software de una manera nueva, más económica y más rápida.

¹⁶ Ibid, pág. 68

¹⁷ Ibid, pág. 69



2.1.2 Definición de propiedad intelectual

Existen diversas definiciones acerca de lo que es la propiedad intelectual, pero se puede ver como todas abarcan las mismas categorías o al menos los mismos elementos y características.

Entre las definiciones más aceptadas se encuentran:

“La propiedad intelectual tiene que ver con las creaciones de la mente: las invenciones, las obras literarias y artísticas, los símbolos, los nombres, las imágenes y los dibujos y modelos utilizados en el comercio.”¹⁸

“Es cualquier propiedad que, de común acuerdo, se considere de naturaleza intelectual y merecedora de protección, incluidas las invenciones científicas y tecnológicas, las producciones literarias o artísticas, las marcas y los identificadores, los dibujos y modelos industriales y las indicaciones geográficas.”¹⁹

Como estudiante de derecho y como aporte a la presente investigación se propone la siguiente definición: es una rama del derecho a través de la cual se estudia un conjunto de normas jurídicas, principios e instituciones que regulan la protección de las creaciones de la mente del ser humano, ya sea que tengan aplicación en la industria y comercio (propiedad industrial), o las creaciones de la mente y su aplicación en el arte, ciencia o literatura (derecho de autor y derechos conexos).

La definición anterior tiene un soporte, tiene una justificación y se desglosa de la

¹⁸ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. ¿Qué es la propiedad intelectual?

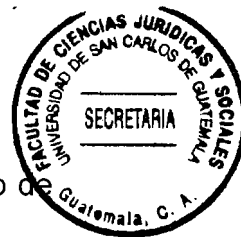
<http://www.wipo.int/about/ip/es/>

¹⁹ Ibid, pág. 1



siguiente forma para explicar cada uno de los elementos mencionados anteriormente:

- Es una rama del derecho: porque no se estudia dentro el derecho común (en el derecho civil), sino que dentro de un ámbito especial como es el derecho de propiedad intelectual.
- Es un conjunto de normas jurídicas: porque toda rama del derecho debe tener regulación legal ordinaria (creada por un órgano competente: congreso), tal es el caso de la Ley de Propiedad Industrial, Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos, Convenio de París, Convenio de Roma, y todos los tratados que Guatemala ha ratificado, es decir que tiene un soporte legal.
- Conjunto de principios: porque es todo aquello que da origen o sirve para interpretar.
- Instituciones: porque cuenta con pilares que lo alimentan como el derecho de marcas, patentes, derecho de autor, propiedad industrial que cada una establece sus principios y formas de procedimientos.
- La protección de las creaciones de la mente del ser humano: es el eje de todo el derecho intelectual ya que es en si la creatividad la que se busca proteger, es un derecho que no tiene como origen un acontecimiento externo sino que lo que le da vida es el mismo cerebro humano, y de ahí surgen dos ramas separadas por el hecho que unos son **inventos** destinados al comercio e industria y otros que son destinadas al ámbito de la cultura, otra justificación del porque se dividió en dos las creaciones de la mente es sencillamente porque en Guatemala hay dos leyes que regulan esas creaciones humanas, Ley de Propiedad Industrial y Ley



de Derecho de Autor y Derechos Conexos y la única diferencia es el ámbito de aplicación.

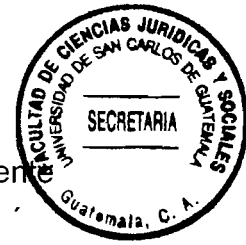
Otra definición personal y más sencilla que la anterior podría ser que la propiedad intelectual es el conjunto de normas jurídicas, derechos y obligaciones que corresponden a los autores y a otros titulares (artistas, productores, organismos de radiodifusión, y todas las demás figuras que establece la legislación guatemalteca) respecto de todas las obras y frutos de su creación mental.

2.1.3 Objeto de la propiedad intelectual

Como ya se trató anteriormente, que la propiedad intelectual la forman dos grandes ramas que son la propiedad industrial y la ley de derechos de autor y derechos conexos, es por ello que se delimitará cuál es el objeto de cada rama.

Según la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos en el Artículo 15, son objeto “todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, siempre que constituyan una creación intelectual original. En particular las siguientes: a) Las expresadas por escrito, mediante letras, signos o marcas convencionales, incluidos los programas de ordenador”, vemos pues como el comúnmente llamado software pertenece a esta rama de la propiedad intelectual.

También son objeto todas las conferencias, alocuciones, sermones, composiciones musicales, obras dramáticas, coreografías, audiovisuales, las bellas artes, las fotografías, entre otras, así como todas las creaciones originales expresadas por



cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro.

Según la Ley de Propiedad Intelectual, en el Artículo uno, son objeto de creación: “los signos distintivos, las patentes de invención y de modelos de utilidad, y de los diseños industriales, así como la protección de los secretos empresariales y disposiciones relacionadas con el combate de la competencia desleal.”

2.1.4 Posición de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos para proteger los programas de ordenador

El Decreto número 33-98 hace referencia a los programas de ordenador y no sólo los regula si no que les otorga especial protección, como se establece en el Artículo 30, la que literalmente dice: “Los programas de ordenador se protegen en los mismos términos que las obras literarias.

Dicha protección se extiende tanto a los programas operativos como a los programas aplicativos, ya sean en forma de código fuente o código objeto y cualquiera que sea su forma o modo de expresión. La documentación técnica y los manuales de uso de un programa gozan de la misma protección prevista para los programas de ordenador.”

El Artículo 127 de la misma ley, por su parte regula: “Corresponde al Ministerio Público el ejercicio de la acción penal en contra de los responsables de los delitos y faltas tipificados en materia de Derecho de Autor y Derechos Conexos en el Código Penal y otras leyes...”

Los delitos tipificados en el código penal se enumerarán más adelante.

2.2 Categorías de la propiedad intelectual

En la definición de propiedad intelectual se hizo referencia a dos grandes divisiones de la propiedad intelectual, lo que algunos autores o el mismo Registro de la Propiedad Intelectual le llama **categorías**, no es mas que la división y las diferentes ramas en que se divide para un mejor estudio y protección.

2.2.1 Propiedad industrial

El Artículo uno de La Ley de Propiedad Industrial establece: "...tiene por objeto la protección, estímulo y fomento a la creatividad intelectual que tiene aplicación en el campo de la industria y el comercio..." esto proporciona el fundamento para establecer el ámbito en el que se aplica esta ley y lo separa de las demás creaciones que pudiera realizar el ser humano.

2.2.1.1. Definición

Como definición personal se puede decir que la propiedad industrial es una rama del derecho a través de la cual se estudia un conjunto de normas jurídicas, principios e instituciones que regulan la protección de las creaciones de la mente del ser humano que tienen aplicación en el ramo de la industria y el comercio.

Otorga dos tipos de derechos: en primer lugar el derecho a utilizar la invención, diseño o signo distintivo, y en segundo lugar el derecho a prohibir que un tercero lo haga.

El derecho de prohibir (*ius prohibendi*) es la parte más destacada de la propiedad industrial y permite al titular del derecho el solicitar el pago de una licencia. Posee



límites temporales, pues casi todos los derechos de propiedad industrial tienen una duración máxima, y territoriales pues sólo tienen validez en el territorio donde se han concedido, normalmente, pero no exclusivamente, un país, es importante mencionar que todas las controversias que surjan con ocasión de los derechos de propiedad industrial se deben tramitar de acuerdo al juicio oral establecido en el Código Procesal Civil y Mercantil.

El Convenio de París es un convenio internacional ratificado por Guatemala, que es uno de los de mayor peso sobre la propiedad industrial en este país.

2.2.2 Derecho de autor

El Artículo uno de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos proporciona el fundamento de esta categoría al establecer que: "...tiene por objeto la protección de los derechos de los autores de obras literarias y artísticas, de los artistas intérpretes o ejecutantes, de los productores de fonogramas y de los organismos de radiodifusión."

Como ya se mencionó anteriormente en la historia de la propiedad intelectual, el derecho de autor es un derecho inherente al ser humano que tiene origen en el mismo nacimiento del hombre y su desarrollo en la sociedad, debido a la naturaleza del bien jurídico que tutela, que son las obras ya que dichas obras son nada más que las creaciones intelectuales del ser humano.

De éste derecho de autor se desprenden las demás ramas, según la aplicación de dichas obras, en Guatemala se protegen desde el año de 1998, cuando entran en



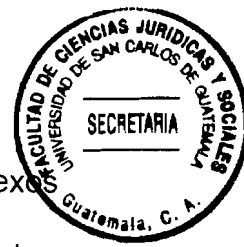
vigencia las leyes que regulan lo relativo a éstos. Se puede ver que es relativamente nuevo y aún esta desarrollándose.

2.2.2.1 Definición de derecho de autor

A manera de definición personal se puede decir que el derecho de autor es aquella rama del derecho a través de la cual se estudia un conjunto de normas jurídicas, principios e instituciones que regula la protección de las creaciones de la mente del ser humano que tengan aplicación en el arte, ciencia y literatura.

El Artículo 18 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos establece que: “El derecho de autor comprende los derechos morales y patrimoniales, que protegen la paternidad, la integridad y el aprovechamiento de la obra”.

Derecho moral: el Artículo 19 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos establece que “El derecho moral del autor es inalienable, imprescriptible e irrenunciable”, lo que significa que acompañan al autor o al artista intérprete o ejecutante durante toda su vida y a sus herederos al fallecimiento de aquellos. Y comprende el derecho de paternidad como se menciono anteriormente y que la misma ley establece que es aquel derecho que tiene el autor de una obra para que cada vez que se menciona ésta, se haga alusión, referencia, mención al autor, (al padre de la misma), y el derecho de integridad también mencionado anteriormente significa que cada vez que se utilice y menciona su obra no se hagan mutilaciones o cambios que alteren el contenido de su obra. Este derecho dura toda la vida del autor como se infiere al leer dicha ley.



Derecho patrimonial: el Artículo 21 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos establece: “El derecho pecuniario o patrimonial confiere al titular del derecho de autor, las facultades de usar directa y personalmente la obra, de ceder total o parcialmente sus derechos sobre la misma, de autorizar o prohibir su utilización y explotación por terceros.” Este derecho es aquel que tiene el autor de la obra y sus herederos a tener un provecho económico a raíz de dicha obra, y el artículo 43 del mismo cuerpo legal regula el plazo fijándoles el siguiente “se protegen durante toda la vida del autor y hasta setenta y cinco años después de su muerte.”

2.2.2.2 Sujeto, objeto y contenido

Sujeto: el Artículo cinco de la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos establece que “Autor es la persona física que realiza la creación intelectual. Solamente las personas naturales pueden ser autoras de una obra; sin embargo, el estado, las entidades de derecho público y las personas jurídicas pueden ser titulares de los derechos previstos en la ley...”, y el Artículo seis de la misma ley establece que “se considera autor de un obra, salvo prueba en contrario a la persona natural cuyo nombre o seudónimo conocido esté indicando en ella, o se anuncie en la declamación, ejecución, representación, interpretación o cualquier otra forma de difusión pública de dicha obra.”

En otras palabras más sencillas se puede decir que autor es quien crea una obra literaria, científica o artística, no importando su campo de aplicación.

En relación con los programas de ordenador se presume, salvo pacto en contrario, que él o los autores de la obra han cedido sus derechos patrimoniales al productor, en



forma ilimitada y exclusiva, lo que implica la autorización para divulgar la obra y ejercer la defensa de los derechos morales en la medida en que ello sea necesario para la explotación del programa de ordenador, presumiéndose salvo prueba en contrario, que es productor del programa de orden la persona natural o jurídica que aparezca indicada como tal en el mismo.

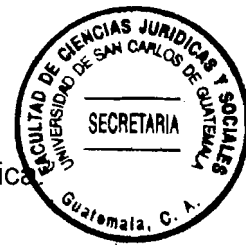
Objeto: son las obras, esenciales como ya se mencionó anteriormente.

Contenido: comprende los **derechos morales** y los **derechos patrimoniales**, que protegen la paternidad, la integridad y el aprovechamiento de la obra, que ya se explicaron anteriormente.

Los derechos conexos: “Son los derechos que se han incorporado al derecho de autor, constituyen los derechos que por comunicación pública tiene los artistas, intérpretes o ejecutantes, los productores de fonograma y los organismos de radiodifusión, no afectando de modo alguno la protección del derecho de autor.”²⁰

De los derechos conexos se puede explicar que son todos los derechos relacionados con el derecho de autor, son los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes sobre sus interpretaciones o ejecuciones, los derechos de los productores de fonogramas sobre sus grabaciones y los derechos de los organismos de radiodifusión sobre sus programas de radio y de televisión y a estos derechos se le conocen en nuestra legislación como derechos conexos, y así lo establece la Constitución Política de la República en su Artículo 63 al establecer que: “Derecho a la expresión creadora. El Estado garantiza la libre expresión creadora, apoya y estimula al científico, al intelectual

²⁰ Registro de la Propiedad Intelectual de Guatemala, año 2005 “Derecho de Autor” <http://www.rpi.gob.gt>; 16/01/2010



y al artista nacional, promoviendo su formación y superación profesional y económica. Los derechos conexos son derechos inherentes al ser humano.

2.2.2.4 Registro de obras

“Se refiere al conjunto de derechos patrimoniales y exclusivos que otorga el Estado por un tiempo determinado, a las personas físicas o morales que llevan a cabo la realización de creaciones artísticas, para quienes realizan inventos o innovaciones y para aquellos que adoptan indicaciones comerciales, pudiendo ser éstos productos y creaciones comerciales.”²¹

Este derecho le da la facultad al titular, de excluir a otros del uso o explotación comercial de su creación si no cuentan con su autorización. La protección en nuestro país sólo es válida en el territorio nacional y su duración depende de la figura jurídica para la cual se solicita su protección, así pues en el caso de las marcas de protegen por diez años, renovables por diez años y las patentes por veinte años.

En el caso de los derechos de autor, la ley establece que el goce y ejercicio de esos derechos no está supeditado a la formalidad de registro o cualquier otra y son independientes y compatibles entre sí.

Beneficios del registro de obras: a través de este registro el autor de una obra tiene el derecho exclusivo para el creador o autor, también puede distribuir su obra a quien considere conveniente y con el precio que las partes pacten, evita la copia y el aprovechamiento de la obra o programa por parte de personas no autorizadas para su

²¹ Ibid



uso, obtiene ingresos de acuerdo a los obras o programas vendidos, en fin puede tener una protección plena de su obra, utilizando todos los mecanismos legales para la defensa de la misma siempre que esta sea amenazada.

2.2.2.5 Campo de aplicación

La protección del derecho de autor abarca únicamente la expresión de un contenido, pero no las ideas. Para su nacimiento no necesita de ninguna formalidad, es decir, no requiere de la inscripción en un registro o el depósito de copias, los derechos de autor nacen con la creación de la obra.

2.3 Registro de la Propiedad Intelectual

En la definición propuesta para la propiedad industrial se hace referencia a instituciones, pues el Registro de la Propiedad industrial de Guatemala, constituye una de ellas, y una bastante importante ya que es el establecimiento físico que reúne toda la información relativa a la misma y resuelve todas los procedimientos administrativos que se derivan en ésta materia.

En Guatemala es el encargado de inscribir y conservar toda la información y datos acerca de todas aquellas obras o creaciones humanas que han llegado a desarrollarse, sea cual fuere su naturaleza, por lo tanto es el primer resguardo del derecho de autor, es la institución que en este país protege entre varios derechos, los programas de ordenador por mandato legal, aunque no se limita a éstos.



2.3.1 Antecedentes históricos en Guatemala

“La primera Oficina de Patentes se creó dentro del Ministerio de Fomento, mediante una legislación especial en materia de Propiedad Industrial, Decreto No. 148, de la Asamblea Legislativa del 20 de mayo de 1886. Conforme el Decreto 882 del 31 de diciembre de 1924, fue creada Oficina de Marcas y Patentes.

La Oficina de Marcas y Patentes pasó a formar parte del Ministerio de Economía y Trabajo según Decreto 28 del 4 de diciembre de 1944. El 16 de octubre de 1956, el Ministerio de Economía es separado del Ministerio de Trabajo, la Oficina de Marcas y Patentes pasa a ser dependencia del Ministerio de Economía según Decreto número 1117.

El Registro de la Propiedad Industrial, actualmente denominado Registro de la Propiedad intelectual, suspendió sus actividades el 13 de enero de 1983, reiniciando las mismas el 19 de julio de ese mismo año, según Acuerdo No. 305-83, emitido por el Ministerio de Economía. Con la entrada en vigencia del Decreto 33-98 del Congreso de la República, Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos, se establece que el Ministerio de Economía transformará el Registro de la Propiedad Industrial en Registro de la Propiedad Intelectual.”²²

Es importante el estudio y conocimiento del Registro de Propiedad Intelectual en Guatemala, por ser la institución dedicada al resguardo de las creaciones del ser humano o a la protección del derecho de autor.

²² Registro de la Propiedad Intelectual de Guatemala, año 2005 “Derecho de autor” <http://www.rpi.gob.gt>; 16/01/2010



2.3.2 Función general

Es una dependencia de Ministerio de Economía, encargada de promover la observancia de los Derechos de la Propiedad Intelectual, así como la inscripción y registro de los mismos.

Tiene por atribución principal garantizar la seguridad jurídica de los autores, de los titulares de los derechos conexos y de los titulares de los derechos patrimoniales respectivos y sus causahabientes, así como dar una adecuada publicidad a las obras, actos y documentos a través de su inscripción, cuando así lo soliciten los titulares.

2.3.3 Funciones del Registro de la Propiedad Intelectual

Departamento de marcas: tiene a su cargo el trámite de las solicitudes de adquisición, modificación y mantenimiento de derechos sobre los distintos signos distintivos (marcas, nombres comerciales, expresiones o señales de publicidad y denominaciones de origen), funciones que se realizan en sus distintas secciones: recepción, forma y fondo, inscripciones, traspasos, (enajenaciones, licencias de uso, cambios de nombre y cancelaciones), renovaciones, errores materiales (certificaciones, constancias y anotaciones especiales), elementos figurativos y archivos.

Departamento de patentes: ingresar, analizar y clasificar la tecnología contenida en los documentos de patentes, con el fin de implementar el banco de datos para el ejecución del examen técnico de fondo; así como llevar a cabo la difusión de información tecnológica contenida en dichos documentos.



Realizar el trámite técnico-administrativo de las diferentes solicitudes de patentes invención, patentes de modelos de utilidad, solicitudes de registro de dibujos y diseños industriales, desde su ingreso hasta la obtención del título o certificado respectivo. Brindar asesoría técnico-jurídico a cualquier persona interesada que lo solicite.

Departamento de derecho de autor y derechos conexos: todas las establecidas en la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos, y que se refieren a:

- a) Recibir el depósito y realizar la inscripción correspondiente de las obras para las cuales lo soliciten sus autores o titulares del derecho;
- b) Recibir el depósito y realizar la inscripción correspondiente de las producciones fonográficas y las interpretaciones o ejecuciones artísticas y producciones para radio y televisión que estén fijadas en un soporte material, cuando así lo soliciten sus titulares;
- c) Inscribir los convenios y contratos que en cualquier forma confieran, modifiquen, transmitan, restrinjan o dispongan sobre los derechos patrimoniales de autor o conexos y los que autoricen modificaciones o alteraciones a una obra, cuando así lo solicite una o todas las partes o lo disponga la ley. Para los efectos de este literal, será suficiente acompañar a la solicitud respectiva un sumario del convenio o contrato que contenga, como mínimo, la información que se establezca en el reglamento de esta ley;
- d) Conocer y resolver de los expedientes de solicitud de autorización de operación como sociedades de gestión colectiva que promuevan asociaciones sin finalidades lucrativas;



- e) Ejercer de oficio, o a solicitud de parte, la vigilancia e inspección sobre las actividades de las sociedades de gestión colectiva y sobre las actividades de sus directivos y/o representantes legales e imponer las sanciones contempladas en esta ley;
- f) Ejercer de oficio o a solicitud de parte la vigilancia e inspección sobre las actividades que puedan dar lugar al ejercicio de los derechos reconocidos por esta ley o los tratados que sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos sea parte Guatemala. Toda persona estará obligada a brindar las facilidades y proporcionar toda la información y documentación que, para los efectos de esta facultad, le sea requerida por el Registro de la Propiedad Intelectual...” y todas las demás establecidas en el artículo 104 del Decreto número 33-98 del Congreso de la República de Guatemala.

Se puede ver que es la misma ley, como sucede en toda la administración pública, la que le otorga competencia para poder cumplir con su finalidad, sin poder actuar mas allá de lo establecido en dicha ley o reglamentos que emitan de acuerdo con la ley, todo esto derivado del principio de legalidad, eje esencial dentro del derecho guatemalteco.

Por lo que claramente se le imponen sus atribuciones en forma taxativa, sin poder apartarse de estas directrices.

2.3.4 Tratados que ha ratificado Guatemala en materia de derechos de propiedad intelectual

Entre los tratados más importantes que Guatemala ha ratificado en materia de derechos de propiedad intelectual y que se investigaron para poder englobarlos en un solo trabajo se encontraron:



1. **Propiedad industrial (Convenio de París):** Decreto de fecha 20 de abril de 1998, que ratifica el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, de fecha 20 de marzo de 1883, revisado en Estocolmo el 14 de julio de 1967 y enmendado el 28 de septiembre de 1979.
2. **Derecho de autor (Convenio de Berna):** Decreto 71-95 que aprueba el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas (acta de París), de fecha 24 de julio de 1971, ratificado el 20 de junio de 1996.
3. **Propiedad intelectual (Ronda Uruguay):** Decreto 37-95, de fecha 15 de mayo de 1995, que aprueba el acta final en que se incorporan los resultados de las Negociaciones Comerciales Multilaterales de la más conocida como Ronda Uruguay.
4. **Marcas (Tratado Nairobi):** Decreto 104-82, en donde se ratificó el Tratado de Nairobi sobre la protección del símbolo olímpico.
5. **Derecho de autor:** Decreto 37-76 de fecha 7 de septiembre de 1976, que aprueba la Convención Internacional sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión adoptada en Roma.
6. **Derecho de autor:** Decreto 36-76 que aprueba el Convenio para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas, celebrado en Ginebra el 29 de octubre de 1971.
7. **Derecho de autor:** Decreto ley 251 de fecha 16 de julio de 1964, que aprueba la Convención universal sobre derecho de autor y protocolos suscritos en Ginebra y ratificados el 17 de julio de 1964.



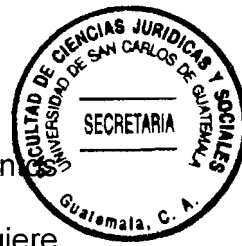
8. **Derecho de autor:** Decreto 844 del 7 de noviembre de 1951 que aprueba Convención interamericana sobre el derecho de autor en obras literarias, científicas y artísticas suscrita en Washington, el 22 de junio de 1946 y ratificada el 30 de noviembre de 1951.
9. **Marcas (Convención Interamericana):** Decreto 1587 del 27 de mayo de 1929, que aprueba la Convención general interamericana sobre protección de marcas y nombres comerciales, suscrita en Washington, el 20 de febrero de 1929 y ratificada el 20 de noviembre de 1929.

2.4 Delitos contra los programas de ordenador

La Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 42 establece que: “Se reconoce el derecho de autor y el derecho de inventor; los titulares de los mismos gozarán de la propiedad exclusiva de su obra o invento, de conformidad con la ley y los tratados internacionales.”

Este es el punto de partida en Guatemala porque es la Constitución Política de la República de Guatemala la que establece los lineamientos básicos, que son desarrollados por leyes ordinarias específicas y complementados por supletoriedad a otros cuerpos legales.

El Código Penal por ser la ley ordinaria que recoge y establece todas las figuras delictivas y tipifica las conductas contrarias a la ley tiene suma importancia porque entre todos los bienes jurídicos tutelados se encuentra **el patrimonio** y dentro de éste capítulo se tipificaron todos los delitos establecidos para quien viole los derechos de autor y derechos conexos, entre ellos el Artículo 274 C regula que: “Se impondrá



prisión de seis meses a cuatro años y multa de quinientos a dos mil quinientos quetzales al que, sin autorización del autor, copiare o de cualquier modo reprodujere las instrucciones o programas de computación.

Cabe mencionar que la pena es relativamente pequeña en comparación al daño que ocasiona una conducta de esta manera para el autor de un programa de ordenador, y tampoco contempla alguna forma de reparar el daño económico sufrido son delitos perseguibles de oficio por el Ministerio Público, lo que le proporciona un nivel de protección un poco mas elevado ya que no se deja en manos de particulares ni la iniciación, ni el ejercicio de la acción penal.

En el Código Penal no se establece desde qué momento se está violando o vulnerando el derecho del autor de un programa de software, pero es importante mencionar que se considera vulnerado desde el momento en que el sujeto empieza a copiar el código fuente con ánimo de reproducirlo para posteriormente copiarlo, porque el sólo hecho de copiar el código fuente hace presumir que será utilizado para reproducir de forma ilícita ese programa y por lo tanto desde ese momento se esta cometiendo el delito.

2.5 Organización Mundial de la Propiedad Intelectual

“La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) es un organismo especializado del sistema de organizaciones de las Naciones Unidas. Su objetivo es desarrollar un sistema de propiedad intelectual internacional, que sea equilibrado y accesible y recompense la creatividad, estimule la innovación y contribuya al desarrollo



económico, salvaguardando a la vez el interés público.”²³

Se estableció en 1967 en virtud el Convenio de la OMPI, con el mandato de los Estados miembros de fomentar la protección de la propiedad intelectual en todo el mundo.

Esto se logra a través de la cooperación de los Estados miembros y la colaboración con otras organizaciones internacionales. Su sede actualmente se encuentra en Ginebra, Suiza.

Estados miembros

Los Estados miembros de la OMPI determinan la orientación estratégica y las actividades de la Organización. Se reúnen en asambleas, comités y otros órganos decisorios.

Actualmente la OMPI cuenta con 184 Estados miembros, es decir, más del 90% del total de países del mundo.

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual es la máxima autoridad a nivel mundial en temas de propiedad industrial, intelectual, entre los que se incluye, el derecho de autor y derechos conexos y por ende los programas de ordenador, abarcando así el código fuente, siempre y cuando los Estados sean parte de dicho convenio.

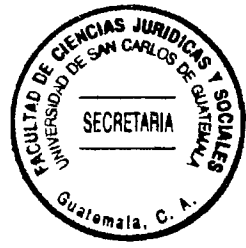
Tiene distintos fines para cumplir sus objetivos, entre los principales se encuentran el

²³ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Ob Cit. Pág. 1



fomento a la protección de toda la propiedad intelectual no importando la materia, cantidad, forma, objeto y titulares, simplemente busca la prevención de hechos delictivos y trata de evitar la sanción derivada de haber vulnerado el derecho.

El segundo fin primordial de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual es la cooperación internacional, lo que significa que busca la ayuda mutua entre los países miembros, esto responde a una expansión o globalización justificada por el auge del internet en los últimos años, debido a que la propiedad intelectual se va expandiendo día a día y no se puede delimitar a un solo territorio, goza de protección aun fuera de los límites de un país, ya que la tecnología muchas veces es un arma de dos filos porque si bien es cierto acorta distancia entre territorios y países haciendo las negociaciones y relaciones mas simples, también es utilizada en forma errónea con fines ilegítimos como lo es desvirtuar al autor en sus creaciones.





CAPÍTULO III

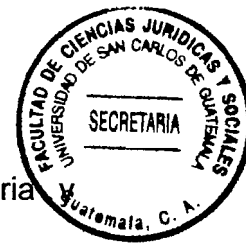
3. El contrato atípico denominado escrow como mecanismo alternativo de protección de la propiedad intelectual en materia de software

Después de definir al software y al derecho de propiedad intelectual se determina que en la actualidad y específicamente en Guatemala no se cuenta con un mecanismo rápido y eficaz para la protección del mismo, es por ello que como concedores de la legislación se buscan figuras contractuales que proporcionen resguardo en esta materia de una forma poco onerosa y con la celeridad necesaria.

3.1 El contrato de escrow o depósito fuente

Antes de ahondar en el tema del contrato de escrow o contrato de depósito de fuente en particular, es importante conocer otros conceptos que llevarán a entender mejor el verdadero significado de este contrato, por lo que nuevamente se hace referencia al Artículo 1517 del Código Civil vigente el que se establece que: “hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación.”

“El contrato únicamente será verdadera convención cuando produzca relaciones jurídicas entre dos o más personas, cuyo contenido sean a la vez obligaciones contractuales, es decir, determinantes de prestaciones o servicios, que por un lado originan compromisos de deber, y por otro fundamentan derechos a pedir la ejecución o no realización de alguna cosa, facultades que se traducen subsidiariamente en la



indemnización oportuna, cuando se falta al cumplimiento contraído voluntaria libremente.”²¹

Los elementos fundamentales de los negocios contractuales, según lo establecido en la legislación, y como regla general deben ser:

- La capacidad legal de los sujetos,
- Consentimiento que no adolezca de vicio, y
- Objeto lícito.

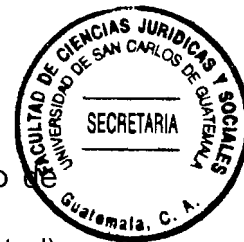
Dichos elementos mencionados anteriormente, son los conocidos generalmente para establecer o no la existencia de un negocio jurídico legalmente válido.

Entonces se puede decir que siempre y cuando los elementos nombrados anteriormente estén presentes en el momento de celebrar un contrato, de cualquier naturaleza, ya sea que estén contenidos o no en el código civil o cualquier otro cuerpo legal, como el código de comercio o cualquier otra ley, el contrato será válido para las partes y ante terceros.

Por otra parte se encuentra el término **contrato atípico**: “el que no se ajusta a ninguno de los tipos establecidos, y combina las formas diversas de los existentes regulados, situación que se conoce como contrato múltiple. Son todos aquellos que no se encuentran legislados en el ordenamiento, pero se dan en la práctica especialmente por su naturaleza mercantil, su origen es la autonomía de la voluntad.”²²

²¹ Cabanellas De las Cuevas, Guillermo, Enciclopedia de Derecho Usual, pag. 125 Tomo I

²² Cabanellas De las Cuevas, Guillermo, Ob cit, pág. 123



Como se aprecia en la definición anterior, el elemento que da origen a este tipo de contratos es la voluntad de las partes (consentimiento, o autonomía de la voluntad) siempre y cuando la voluntad no esté limitada por la misma legislación, pero se puede afirmar que esta libertad individual es lo que da origen a nuestro contrato bajo estudio, el contrato de escrow o contrato de depósito fuente, ya que es un contrato que no se encuentra regulado como tal en la legislación guatemalteca, pero la ley permite hacer lo que no está prohibido, y es de la autonomía de la voluntad establecida en el Código Civil, que surgen todos y cada uno de los contratos atípicos que se utilizan en el medio guatemalteco.

Este tipo de contratos atípicos (que quiere decir que no están tipificados o regulados como tal en la ley) surgen por la necesidad de adaptarse a la rapidez del comercio y de las relaciones contractuales de hoy en día, así como la necesidad de alcanzar figuras contractuales que puedan ser utilizadas en la llamada globalización, es así donde se encuentran varios contratos atípicos como el leasing, el joint venture, la franquicia, renting, country club, tiempos compartidos, y una larga lista de otras figuras que no están reguladas en ley pero en el medio guatemalteco ya se utilizan con bastante aceptación y funcionalidad.

3.1.1 Etimología

La palabra escrow en su sentido más amplio significa “depósito de dinero, títulos, documentos y otros bienes para que el depositario los entregue a un tercero al cumplirse ciertas condiciones, obligaciones o manifestaciones de las partes o de otras



personas llamados terceros. Se asemeja, pero no equivale, al depósito en garantía.

Entonces el contrato de escrow se puede utilizar para distintos fines, para distintos depósitos pero en este caso nos interesa el depósito de código fuente, relacionado a negociaciones de software, pero este tipo de contratos no se puede limitar solo a esta área, como veremos más adelante se le puede distintos usos a este tipo de contrato atípico.

3.1.2 Origen

Es un tipo contractual propio del common law, también llamado sistema de derecho anglosajón que se basa esencialmente en el análisis de las sentencias judiciales dictadas por el mismo tribunal o alguno de sus tribunales superiores (aquellos a los que se pueden apelar las decisiones tomadas por dicho tribunal) y en las interpretaciones que en estas sentencias se dan de las leyes, por esto las leyes pueden ser ambiguas en muchos aspectos, ya que se espera que los tribunales las clarifiquen. Por otro lado, existen interpretaciones judiciales que crean figuras jurídicas nuevas.

Este es un contrato de origen anglosajón, o sea nacido en Estados Unidos, una parte de la doctrina lo califica de depósito mercantil, sobre todo en cuanto a la obligación de guarda y custodia de un bien mueble. Surge por la desconfianza derivada de las relaciones existentes entre el titular del software y el usuario final, ya que el primero debe asegurarse que él seguirá manteniendo esa titularidad sobre dicho programa sin caer en riesgos de reventa, cesiones o copias no autorizadas por el, y el usuario final

²⁶ Ibid



debe garantizar su derecho de seguir obteniendo un buen funcionamiento del programa y sus debidas actualizaciones sin correr el riesgo que el titular desaparezca.

Este contrato no tiene ningún paralelo en el derecho contractual civil o mercantil en el país, pero que se le asemeja por su naturaleza a un contrato de depósito, o por su función a un fideicomiso pero ya veremos mas adelante que existen diferencias y que no puede encajar perfectamente en los dos tipos de contratos descritos anteriormente.

3.1.3 Definición:

Existen en la actualidad diversas definiciones de lo que es el contrato de escrow, relacionado con el código fuente, entre ellas se encuentran las siguientes:

“En virtud del contrato de depósito de fuentes, la empresa informática desarrolladora (depositante) entrega una copia del código fuente del programa licenciado a un tercero que normalmente es un fedatario público (notario), el cual se compromete a custodiarlo y a seguir las reglas del depósito que determinarán la restitución del mismo a su propietario o la entrega al cliente que contrata la licencia según lo dispuesto por las partes.”²⁴

En realidad, lo que se deposita es un soporte informático o un disco, disket, cd ó cualquier objeto donde pueda guardarse el mencionado código (se aconsejan dos copias por motivos de seguridad), ya que el código fuente, como se estableció anteriormente es intangible y no puede depositarse, así como los manuales, documentación, instructivos que sean parte del paquete ofrecido, que incluyan toda

²⁴ Prenafeta Rodríguez, Javier. Sobre el contrato de escrow: Naturaleza jurídica y algunos problemas, pág 5

aquella información para el correcto uso y manejo, así como la solución de posibles problemas al utilizar el software comprado o arrendado.

“Aquel contrato en cuya virtud la licenciataria o la empresa desarrolladora del software entrega una copia del código fuente de un programa de computación a un tercero (notario), obligándose este a custodiarlo y a restituirlo a su propietario o al licenciataria en determinadas condiciones.”²⁵

“Un instrumento escrito, como un poder otorgado, temporalmente depositado en una tercera parte neutral (escrow agent), que por el acuerdo de voluntades de las partes se convierte en un contrato válido legalmente. El agente de escrow podrá entregar los documentos o lo que hubiere sido depositado a la parte beneficiaria únicamente cuando se cumplan ciertas condiciones estipuladas en el contrato.”²⁶

“En virtud del contrato de escrow, el autor, el licenciataria, o la empresa desarrolladora del software, entregará una copia del código fuente de un programa (que se puede materializar a través de la entrega de un disco compacto CD), a un tercero, obligándose este a custodiarlo y restituir el mismo bien a su propietario o al usuario en determinadas condiciones.”²⁷

El objeto del contrato de escrow consiste en la constitución de un depósito sobre el **know-how**, que como bien se sabe es el saber hacer de una cosa o de un producto, de una empresa en manos de persona distinta a los clientes o usuarios de la misma, con el

²⁵ Ribas, Javier. Opiniones personales sobre los aspectos jurídicos de la tecnología de la información, http://www.xribas.typepad.com/xavier_ribas/escrow/, pág 4, 22/02/2010

²⁶ Guerriero Gabriela. El escrow de código fuente: herramienta de protección de los derechos de propiedad, <http://www.aadat.org/autor%20escrow.htm>, 05/01/2010, pág 10.

²⁷ Abogados Portaley, Contrato de Escrow o Depósito de fuente, año 2000 <http://www.dellitosinformaticos.com/contratos/contratoescrow.shtml>, 13/01/2010

fin de que éstos puedan acceder a dicho know-how, si se cumplen determinadas circunstancias, expresadas en el propio contrato de escrow.

“Es un contrato por el cual se designa a una tercera persona **depositario**, que reviste las características de ser neutral e independiente, al cual el productor o dueño del copyright de software entregará el código fuente de un determinado programa de computación, a efectos de que lo conserve en un lugar seguro y lo entregue a las personas designadas en el contrato en el caso de que alguna de las condiciones de cesión establecidas se operen.”²⁸

“Es aquel por el cual dos personas que tienen intereses opuestos entregan una cosa al depositario, quien se obliga a la guarda y custodia, con la obligación especial de que una vez cumplidas las condiciones previstas en el contrato correspondiente, hace entrega a quien tenga derecho a ello.”²⁹

El contrato de escrow es un contrato atípico que ofrece importantes ventajas, al satisfacer los intereses tanto de la empresa o persona desarrolladora de software como del licenciataria. Para la primera, supone que ésta no facilita al cliente el código fuente del programa directamente, a la vez que también constituye una prueba de la titularidad del software y se protege una copia de seguridad de éste. Y, para el usuario del dicho programa, se cubre con esto la incertidumbre de no saber si el programa seguirá siendo prestado y actualizado debidamente aunque la empresa o titular desaparezca, se perfila como una importante herramienta de protección de los derechos de propiedad

²⁸ Llana González Paloma. E-contratos, pág 27

²⁹ Ramírez Rodríguez, Mauricio. El contrato de escrow, la propiedad intelectual y nuestra comisión de confianza, <http://www.uned.cr/redti/cuarta/art6.pdf>, pág 42, 28/04/2010



intelectual del autor de un programa de computación, sin perturbar por ello comercialización de dicho producto.

Su celebración otorga seguridad a las partes del contrato, y se convierte en un medio eficaz de prevenir problemas o disputas futuras.

Se debe mencionar que a nivel internacional este medio de prueba es válido ya que la Convención de Berna establece la obligatoriedad para todos los países unionistas de reconocer cualquier medio o forma de protección de obras de los restantes países miembros.

El objetivo de establecer el uso del contrato de escrow en Guatemala es debido a la cantidad de beneficios que se logran al celebrarlo, no solamente para una parte sino para todas las que en él intervenga, por ejemplo, para la empresa desarrolladora titular del derecho o para el autor del programa de ordenador se estaría estableciendo la plena propiedad del mismo, se estaría instituyendo un mecanismo alternativo a la inscripción del programa en el Registro de la Propiedad Intelectual, ya que el mismo constituiría plena prueba en caso de controversia sobre la titularidad de dicho programa, y para el usuario el motivo que se aconseja celebrar este tipo de contratos es debido a los problemas que pueden derivarse, cuando una empresa adquiere una licencia de uso de software, por la desaparición de la empresa desarrolladora de dicho programa o del autor que se lo haya vendido.

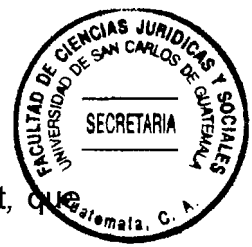
En esos casos, la empresa licenciataria habrá adquirido el uso de un software que no podrá modificar ni actualizar porque no se le entrega el código fuente, sino lo que se conoce como código objeto, por lo que con el paso del tiempo no podrá ajustarse a



aplicaciones nuevas. Al tratar este tipo de contratos, no se esta destinando a usuarios domésticos ni en programas genéricos, sino en empresas que han adquirido un software específico para ciertas actividades que allí se practiquen, a veces desarrollado a medida, que se ha instalado en muchos de sus equipos, y que eventualmente puedan ser objeto de copia y distribución sin la debida autorización, lo que estaría desvirtuando el derecho de propiedad del autor sobre el programa de su creación.

En el contrato deberán fijarse, las condiciones del depósito, determinándose la obligación de su actualización de acuerdo con las sucesivas versiones del programa, así como los casos en que el depósito se rescindiré en favor de uno o de otro. Normalmente, lo que se pacta en la práctica de los países con más experiencia en este tipo de contratos es que el usuario podrá recuperar el código fuente del programa en caso de quiebra, suspensión de pagos o concurso de acreedores, disolución o liquidación del programador, de incumplimiento de la obligación de mantenimiento del software, o por la falta de operabilidad de éste con otros programas, si bien también se incluyen causas como la fusión o absorción de éste por otra empresa o el cambio en su actividad social. En el caso de existir varios licenciarios, habrá que ver cómo se recupera el código fuente. Existen varias soluciones, si bien lo más aconsejable es que se autorice por el depositario la retirada de una copia del código para cada uno de los licenciarios.

El contrato de escrow puede celebrarse ante notario o incluso nombrarse depositario al licenciario, pero se aconseja nombrar como depositario a un notario activo con conocimientos en informática y programación ya que de esta forma el negocio celebrado cobra seguridad y certeza jurídica, en Estados Unidos donde se originó este



contrato, es constituirlo ante un profesional especializado, llamado Escrow Agent, que tenga las correspondientes medidas de seguridad física en sus locales. Consistirá en un contrato tripartito, en el que se deberán hacer constar dichas medidas, el compromiso de confidencialidad sobre el material depositado, la forma de llevar a cabo la actualización periódica del código de acuerdo con la última versión del programa licenciado, previéndose la realización, ante el agente, de los correspondientes test para comprobar el buen funcionamiento de dicha versión antes de actualizar el depósito, así como las causas de remoción del depósito.

El doctor Javier Hernández Martínez, explica que “el derecho de autor protege al titular toda expresión o forma de desarrollo de una idea original, protege obras de diverso contenido entre ellos los llamados programas de ordenador comúnmente conocidos como software”; pero nuestro sistema de protección en Guatemala es declarativo y no constitutivo, es decir que la obra antes de ser inscrita no goza de dicha protección y que únicamente en caso de litis otorga una presunción de autoría del referido software.

Entonces surge la pregunta: ¿Cómo proteger los derechos del autor del software, la creatividad y esfuerzo intelectual que conlleva el mismo?

Una posible respuesta a la interrogante planteada es la inscripción de dicho programa en el Registro de la Propiedad Intelectual, pero ahora bien, ya que el software está excluido del régimen de patentes, y si en un determinado momento se da el caso de patentar el software, lo que se protegería sería la capacidad de ese software de funcionar de una forma determinada.



Entonces bien surge una solución a todos los problemas mencionados con respecto a la protección del autor de un programa de ordenador: la elaboración de un contrato de escrow.

3.1.4 Naturaleza jurídica

El contrato de escrow puede tener similitud a una especialidad del contrato de depósito regulado por el Código Civil, y por regla general, suele ser retribuido a la persona que ha guardado y custodiado el mismo.

Su especialidad estriba en que el objeto material del depósito puede ser facilitado a un tercero, a diferencia del depósito común, en que la tendencia natural es que el objeto material sea en un futuro reintegrada al depositante. También se discute como una especie de fideicomiso por su función de beneficiar a un tercero, pero se verá mas adelante que surgen diferencias abismales que lo hacen ser un contrato independiente, y no lo coloca ni lo encasilla en ninguno de los dos, si bien es cierto tiene ciertas similitudes a estos dos tipos de contratos regulados por nuestra legislación.

La naturaleza jurídica del contrato de escrow es muy compleja ya que es un contrato atípico, que no se encuentra regulado en la ley y tampoco existe bastante información pero este tipo de contratos son también llamados múltiples lo que implica que se vaya robusteciendo de diferentes tipos contractuales, que vaya tomando o absorbiendo pedazos de otros contratos debidamente establecidos.

3.1.5 Características

Como es un contrato atípico, no existe en Guatemala algún texto o información que exprese claramente cuáles son los rasgos característicos de este tipo contractual, pero se puede adecuar y adaptar a las características generales de otros contratos, respetando sus rasgos, por lo que las características que se proponen y que se le pueden asignar serían las siguientes:

- Es un contrato atípico: porque crea, modifica y extingue obligaciones pero como ya se dijo anteriormente no se encuentran regulados en la legislación guatemalteca pero se dan en la práctica por la naturaleza y evolución del derecho mercantil.
- Es nominado: es importante no confundir los términos atípico e innominado, ya que el primero como ya se definió no está regulado en la ley pero el segundo se refiere a si el contrato bajo estudio tiene nombre o no, y en este caso si responde al nombre de contrato de escrow, pero es importante mencionar que hay contratos atípicos que si son innominados.
- No es solemne: porque sin ninguna formalidad tiene validez y vincula a las partes, además no necesita constar en escritura pública ni llenar ciertos requisitos para que nazca a la vida jurídica.
- Informal: no necesita estar inscrito en algún registro para que surta efectos, si no que los produce desde el momento en que las partes manifiestan su voluntad, y se perfecciona al suscribir el contrato.



- De prestación de servicios: ya que es un contrato que regula la actividad que una persona, institución o empresa realiza, con fines de lucro o no, para satisfacer las necesidades de la gente, como lo sería en este caso la necesidad de contratar un servicio de software con los beneficios que el contrato de escrow ofrece.
- Es oneroso: porque derivada de la prestación del depositario surge otra contraprestación que es la retribución por la labor del depositario, o sea que ambas partes reciben un beneficio económico.
- Es tripartito: esta característica fue creada para este tipo de contratos, ya que participan tres partes que representan distintas funciones, en las cuales cada una de ellas tienen sus respectivas obligaciones y sus derechos, por lo tanto no cabe dentro de la bilateralidad, ni la unilateralidad.
- Es principal: porque surte efectos por si mismo, sin recurrir a otro, excepto cuando se pacta dentro de un contrato de licencia donde estamos frente a un accesorio.
- De naturaleza mercantil: porque surge con las necesidades de los comerciantes por agilizar sus negocios.
- Garantiza la propiedad del programa: al ser depositado ante un fedatario público se constituye una alternativa al Registro de la Propiedad Industrial que demuestra que el titular o el mismo autor conserva la propiedad del programa.



3.1.6 Formalidades

A pesar que anteriormente se mencionó que el contrato de escrow no está sujeto a formalidad alguna para su validez, es necesario que dentro del contrato se hagan mención a algunas cláusulas, para regular de manera idónea las obligaciones y beneficios de cada una de las partes que en él intervengan, entre éstas se encuentran las llamadas **cláusulas generales**, en ellas se estipularán las condiciones esenciales a grandes rasgos, y también se encuentran las llamadas **cláusulas específicas**, que es el detalle del negocio jurídico.

En el Anexo II se desarrolló un modelo de contrato de escrow que incluye algunas de las cláusulas que este tipo de contratos podría contener y que sirve como ejemplo, pero como ya se indicó las cláusulas que pueden contener este tipo de contratos es más grande y depende de las necesidades de cada persona y negocio.

3.1.7 Sujetos

Depositante: es la persona que está dando el depósito a favor de otra, es el titular de los derechos de explotación del software o cliente, pero se da en la actualidad que el licenciario del know-how objeto del contrato de escrow casi nunca es parte en el mismo, limitándose a suscribirlo la empresa proveedora de tecnología y propietaria del know-how.

Depositario: es el que recibirá el código fuente para su custodia, se ha llegado a la conclusión que debe ser un notario debido a la fe pública que descansa en él, que hace



que el contrato se revista de certeza y seguridad jurídica, en la legislación anglosajona se le conoce como escrow agent porque es especializado en este tipo de negocios.

Usuario de software o cliente: es la persona que recibirá el servicio, aunque se acostumbra que el mismo no participe en el contrato original, simplemente por la naturaleza del mismo contrato también se ve beneficiado con la celebración del mismo.

El que se puede explicar de la siguiente manera:

Son tres las partes que forman parte del contrato de escrow o depósito de fuente, cada una representa distintos derechos, las tres partes gozan de beneficios y derechos pero a su vez los tres convienen obligarse entre si, de esta forma es que se dice que cuando se trata de un contrato de escrow estamos frente a un contrato tripartito, como se explica a continuación:

El depositante: como anteriormente se mencionó puede ser el legítimo autor del programa o la empresa titular del software tiene la obligación de depositar no sólo el código fuente ante el notario o depositario sino que también todas las actualizaciones, instructivos y documentos que tenga relación con el mismo, tiene la obligación de pagarle al depositario por su función de ser garante de la integridad y la confidencialidad del código, y su mayor beneficio y por lo que se celebró es para tener un mecanismo paralelo al Registro de la Propiedad Industrial que proteja su autoría.

El depositario: su función es de acuerdo a lo establecido anteriormente ser el garante de la integridad del código fuente ante el autor, y asegurarle al usuario que el software por el que el pagó siga siendo prestado de forma continua y actualizada, su beneficio



constituye el pago por su función ya sea que únicamente se haya acordado que será el depositante el que pague o existe la posibilidad que sea usuario y depositante quienes cubra los honorarios del notario depositario.

El usuario: se ve beneficiado como se ha mencionado en la forma que se le asegura que la prestación pagada en su totalidad o parcialmente le seguirá siendo continua y no será obsoleta con el tiempo, su obligación es entonces eminentemente pecuniaria ya que debe responder al pago por el programa de ordenador frente al titular, y según lo pactado en el contrato de escrow en ciertas ocasiones también debe responder al pago frente al depositario, que en nuestro caso es un notario público; dicha participación de los sujetos contractuales esta graficada para una mejor comprensión como se establece en la ilustración I.

3.1.8 Modalidades del contrato de escrow

En la actualidad pueden darse ciertas modalidades del contrato de escrow:

- 1. Según su naturaleza de principal o accesorio:** puede suceder que se celebre de forma independiente, como contrato principal, el cual sea específico a tratar el tema del depósito de código fuente y todas sus condiciones, o puede darse el caso que se celebre un contrato de licencia de uso y vaya incluido el escrow como una cláusula adicional de este contrato. Se recomienda hacerlo de forma independiente ya que se podrá detallar y especificar más todo lo relativo a este tipo de negocios tales como todo lo relativo a la entrega, la custodia del código, y las garantías para cada parte.



2. **Según las partes que lo celebran:** de acuerdo a las partes que celebran el contrato, la teoría lo clasifica en:

- Escrow bilateral simplificado: es la mas simple y económica modalidad de escrow, se celebra el contrato normal entre el autor o desarrollador y el depositario (notario), y la parte beneficiada es notificada y pueden agregarse beneficiarios en cualquier momento.
- Escrow bilateral personalizado: se celebra de la misma forma del anterior pero con las siguientes variantes.

Posibilidad de ajustar o remodelar el contrato de acuerdo a las necesidades particulares del caso.

La incorporación de Beneficiarios se produce en cualquier momento y requiere de la firma de los mismos, a quienes se les impone del contenido del contrato de Escrow entre el Desarrollador y el depositario.

Pueden incorporarse nuevos productos al contrato, con nuevos o los mismos beneficiarios.

Los Beneficiarios pueden solicitar la entrega de una copia de los materiales depositados en circunstancias muy especiales, como la quiebra o insolvencia comprobada del desarrollador.

- Escrow tripartito negociado: Esta modalidad involucra a las 3 partes: el desarrollador, el beneficiario (usuario) y el depositario. Las condiciones y



cláusulas se estructuran y modifican de acuerdo a los requerimientos de cada caso. A diferencia de los contratos bilaterales, el beneficiario puede, bajo determinadas condiciones y procedimientos, solicitar la entrega de una copia de los materiales sin intervención judicial o comprobación administrativa, siempre y cuando concurren los supuestos para la entrega del mismo.

- Escrow de tripartito de protección de propiedad: Constituye una forma adicional de proteger la propiedad intelectual. Los materiales que el Desarrollador entrega al depositario servirán como evidencia en una eventual y futura disputa sobre la propiedad de la tecnología depositada.

3.1.9 Campo de aplicación

El campo de aplicación de este tipo de contratos es la informática, específicamente lo que se refiere a la programación ya que es un proceso por el cual se escribe (en un lenguaje de programación), se prueba, se depura y se mantiene el código fuente de un programa informático. Dentro de la informática, los programas son los elementos que forman el software, que es el conjunto de las instrucciones que ejecuta el hardware de una computadora para realizar una tarea determinada. Por lo tanto, la programación es una de las principales áreas dentro de la informática, por eso se dice que el campo de aplicación es la informática, también lo situamos dentro del derecho mercantil ya que es una negociación que reúne todo los requisitos para ser tratados dentro de esta rama del derecho, por el hecho de ser cambiante, dinámico, adaptado a las necesidad de globalización del mundo entero y sobre todo entre comerciantes.



3.1.10 Operaciones comunes

Del estudio realizado surge la necesidad de dar a conocer que los contratos de escrow no solo se refieren al depósito de códigos fuente, en el área de la informática, sino que también pueden ser utilizados para distintos fines y negociaciones tales como:

- Compra de negocios en marcha;
- Como carta de crédito;
- Financiamiento Hipotecario;
- Negociaciones de tracto sucesivo.

3.1.11 Terminación

Una de las características del contrato de escrow es la atipicidad, la que tiene muchísimas ventajas para su utilización, pero no ha quedado plasmada en la legislación sus incidencias, procedimientos o medios de resolución y no se tiene legislado o regulado las formas de término del contrato pero de la investigación realizada se pueden estipular varias formas de terminar:

Por vencimiento del plazo pactado: se da cuando se estipula un plazo en el contrato y este llega a su vencimiento sin ser renovado por las partes que lo celebran;

Por decisión de la parte depositante: puede darse el caso que la parte que depósito el código fuente, desea dar por terminado el contrato con previo aviso al usuario y al depositario con anticipación;



Por incumplimiento de pago: esto se puede dar en el caso que no se deje de pagar al depositario por su función, o por el incumplimiento del pago por el servicio de parte del usuario hacia el titular, si no se hubiera pagado la totalidad al inicio del contrato:

3.2. El notario como depositario del código fuente

Como se dijo anteriormente el contrato de escrow es un contrato atípico, que no se encuentra regulado en la legislación guatemalteca y no posee instituciones ni principios asignados específicamente a el, únicamente los que por analogía se desprenden de otras figuras contractuales, por lo tanto no establece a que persona le asignará la función de depositario, y es por ello que en este trabajo se propone que la persona que tendrá a su cargo la guarda del código fuente sea un notario, por la investidura jurídica que la ley le otorga y por ser sujeto imparcial dentro de la negociación.

3.2.1 Etimología

Según el diccionario del latín jurídico el vocablo **notario** procede del latín “nota, con el significado de título, escritura o cifra, y esto porque se estilaba en lo antiguo escribir valiéndose de abreviaciones los contratos y demás actos pasados ante ellos; o bien porque los instrumentos en que intervenían los notarios los autorizaban con su cifra, signo o sello, como en la actualidad.”.

3.2.2 Definición de notario

La Unión Internacional del Notariado en 1948 lo definió como: “El profesional del derecho, encargado de una función pública que consiste en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a este



fin, confiriéndoles autenticidad, conservando los originales de éstos y expidiendo copias que den fe de su contenido. En su función notarial esta contenida la autenticación de hechos.

Esta facultado para conocer, tramitar y resolver algunos asuntos no contenciosos, llamados en nuestro medio asuntos de jurisdicción voluntaria.”

“Profesional del derecho que ejerce una función pública para robustecer, con una presunción de verdad, los actos en que interviene, para colaborar en la formación correcta del negocio jurídico y para solemnizar y dar forma legal a los negocios jurídicos privados, y de cuya competencia, solo por razones históricas, están sustraídos los actos de la llamada jurisdicción voluntaria.”³⁰

El Artículo Uno del Código de Notariado establece: “El notario tiene fe pública para hacer constar y autorizar actos y contratos en que intervenga por disposición de ley o a requerimiento de parte”

Según Cabanellas tiene tres importantes funciones:

1. “La autorización de actos y contratos, con efectos de publicidad, legalidad, autenticidad y ejecución;
2. La custodia permanente de los protocolos o matrices, pues a las partes y a los mismos organismos públicos solo se les facilitan copias (los llamados testimonios); y,

³⁰ Cabanellas De la Cueva, Guillermo. Ob Cit. Pág 310



3. La formación de índices, la organización de la oficina y la prestación de servicios de cualquier colaboración, ya sea de forma privada o a entidades administrativas.”³⁴

De esta forma se puede ver que la intervención del notario en este tipo de contratos se desprende de las funciones propias de su calidad de notario como lo es la prestación de servicios a cualquier persona y de cualquier clase, siempre y cuando no vayan en contra del orden público o de las buenas costumbres y se encuentre libre de imposibilidades o incompatibilidades.

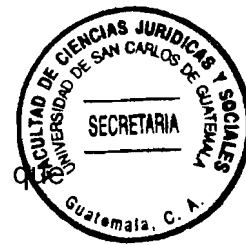
3.3.3 Fe pública del notario

El Artículo uno del Código de Notariado es de vital importancia para lo notarios porque además de contener la definición legal de notario, lo inviste de fe pública al mencionar que “El notario tiene fe pública”, es por ello que este artículo es el pilar fundamental de la función notarial.

La fe pública a grandes rasgos se puede entender como: “Veracidad, confianza o autoridad legítima atribuida a notarios, secretarios judiciales, escribanos, agentes de cambio y bolsa, cónsules y otros funcionarios públicos, o empleados y representantes de establecimientos de igual índole, acerca de actos, hechos y contratos realizados o producidos en su presencia; y que se tienen por auténticos y con fuerza probatoria mientras no se demuestre su falsedad.”³⁵

³⁴ Ibid

³⁵ Roberto Muñoz, Nery. Introducción del derecho notarial, pág. 77



De ello se deriva la inscripción propia de los notarios que reza: "Nithil Prius Fide" que significa: Nada antes que la fe.

Es una virtud fundamental del ser humano que lleva en sí la expresión de seguridad, de aseveración, de que una cosa es cierta, sea que se manifiesta con o sin ceremonial, esto es, solemnemente o no, en cualquier orden, privado o público.

Es la adhesión del entendimiento a una verdad, habida por testimonio; se llega a ella no por consentimiento sino por asentimiento.

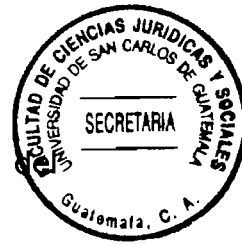
Lo anterior se desprende de que no sólo los notarios tienen fe pública, sino que también gozan de ella otras personas como registradores, secretarios, pero la que nos interesa definir es la fe pública propia del notario.

La fe pública notarial es la facultad del Estado otorgada por la ley al notario. La cual es pública porque proviene del Estado y porque tiene consecuencias que repercuten en la sociedad, cabe mencionar que sólo el Estado tiene fe pública, la que la delega en diversas personas para desempeñar sus funciones, entre ellas el notario.

Es la certeza y eficacia que da el poder público a los actos y contratos privados por medio de la autenticación de notarios.

Pero ésta no se limita sólo a los documentos autorizados por el notario si no que se extiende a todo acto en donde un notario intervenga.

Algo importante de mencionar es que la fe pública del notario tiene una importante misión de preparar y elaborar la prueba preconstituida, la que existe antes de alguna



litis, la que está, esta fe pública es el elemento esencial que hace del notario y el contrato de escrow la figura contractual idónea para este tipo de negociaciones.

3.3.4 Ventajas de depositar el código fuente ante un notario

Se ha establecido que en Guatemala, todo documento o acto que realiza el notario tiene validez y produce plena prueba derivado de la fe pública, excepto el derecho que tienen las partes de reargüirlos de nulidad, porque en Guatemala el notario tiene la calidad de funcionario público y de profesional liberal, según la teoría ecléctica, dicha fe pública que reviste al notario hace posible que al ser depositario del código fuente, el titular o autor de los derechos del software tenga la seguridad jurídica que no será revelado el producto de su mente, a terceros que de mala fe lo distribuyan o vendan sin su debida autorización, y de esta forma es que dicho contrato constituye un mecanismo alternativo para proteger la propiedad del software al registro de la propiedad intelectual, al ser garante de la titularidad del mismo; y al usuario le da la certeza jurídica que el software que adquirió le seguirá siendo prestado periódicamente y se harán las actualizaciones debidas para que el mismo no quede obsoleto con el paso del tiempo, le garantiza también el acceso a las novedades que se produzcan en relación al software adquirido, y diseñado a su medida.

3.3.5 Responsabilidad del notario al ser depositario del código fuente

En el presente trabajo de investigación se ha propuesto que sea el notario la persona nombrada como depositario del código fuente, está obligado a una serie de mandatos establecidos en el contrato y que las propias partes resolverán, entre los cuales se



proponen que los más importantes y sin los cuales el contrato de escrow se desvirtúa se encuentran:

- La custodia del código fuente depositado, que es el objeto principal del contrato;
- No debe tener interés en el negocio celebrado, al igual que como sucede en todos los contratos que autoriza;
- Imparcialidad frente a las partes derivado de su calidad de funcionario público;
- Realizar las verificaciones técnicas del material depositado, porque dentro de su responsabilidad de depositario van implícitas la de asegurar a las partes que el código se conserva en buenas condiciones;
- Confidencialidad de lo que se le deposita, esto implica no revelar el código fuente a terceras personas, incluso al usuario, ya que es obligación garantizarle al titular la seguridad que no será copiado;
- Disponer de instalaciones seguras tanto físicas como técnicas, para asegurar el correcto funcionamiento del código si en algún momento es requerido para su posterior utilización;
- Por la naturaleza del objeto del contrato debe tener conocimientos en informática jurídica;
- Disponer de los medios técnicos para cumplir con las obligaciones derivadas del contrato;
- La devolución del depósito según las condiciones contraídas en el contrato;



- Cuando el contrato hubiere finalizado por causas ajenas a el, esta obligado demostrar fehacientemente que cumplió con su obligación de destrucción o de devolución de lo depositado.

Esta enunciación de las funciones del notario que se proponen no se deben entender en forma cerrada, siempre las partes podrán aumentar o disminuir las facultades del notario, es por ende una lista **apertus**.

3.3.6 Remuneración del notario como depositario del código fuente

Como ha quedado indicado, el contrato de escrow es por lo general remunerado, estableciéndose una cantidad fija y periódica en favor del depositario o **escrow agent**.

Aunque la persona naturalmente obligada al pago de la remuneración es la empresa de tecnología (que es la depositante del **know-how**), otra especialidad del contrato de escrow es que dicha remuneración suele ser repercutida en el licenciataria, bien por acuerdo fuera del contrato entre empresa de tecnología depositante y licenciataria, bien por designación expresa en el contrato de escrow de la asunción de dicho pago por el licenciataria (pudiendo constar dicha asunción en el propio contrato mediante su firma por el licenciataria, bien por acuerdo fuera del contrato entre el licenciataria y el acreedor de la remuneración, es decir, el tercero depositario o **escrow agent**).

3.3.7 Término de la responsabilidad del notario

El término de las responsabilidades y obligaciones contraídas por el notario al celebrar el contrato de depósito de fuente está sujeto a muchos supuestos, por lo general se

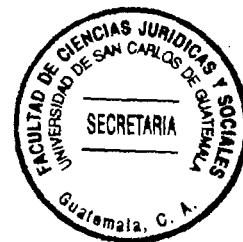


establece una vigencia no indefinida, que normalmente es de un año, con renovaciones automáticas, si se diere la posibilidad que una de las partes ya no quiera continuar con dicha relación contractual y de un aviso de cancelación con anterioridad al vencimiento del plazo.

La extinción del contrato, ya sea por término de plazo, por incumplimiento, o por cualquier otra forma establecida en el mismo reviste especial importancia, dado que debe regularse el destino que ha de darse al objeto material del depósito, así como para establecer si el depositario ha cumplido a cabalidad con sus obligaciones contraídas y poder liberarlo de cualquier responsabilidad posterior al término del contrato.

Para los supuestos de extinción por plazo vencido o porque alguna de las partes ya no desea renovarlo, suele establecerse la obligatoriedad para el **escrow agent**, en el presente caso, bajo estudio sería el notario, de devolver todos y cada uno de los materiales depositados, aunque puede tener la opción de destruirlos y en ocasiones el notario tiene la obligatoriedad de certificar el cumplimiento de sus obligaciones de devolución o destrucción.

En el supuesto de extinción del contrato por incumplimiento de las obligaciones establecidas, en especial, la que se refiere al incumplimiento de pago para el depositario, éste estará legitimado para destruir el objeto de depósito, quedando desde tal momento exonerado de cualquier responsabilidad en cuanto a su custodia o en cuanto a sus obligaciones de garantizar al usuario el acceso al **know-how**, o sea el acceso a conocer el código fuente para su ejecución.





CAPÍTULO IV

4. Diferencias del contrato de escrow con el contrato de depósito y el contrato de fideicomiso

Para comprender la importancia del contrato de escrow es necesario establecer las diferencias existentes entre éste y las figuras contractuales típicas de la legislación guatemalteca, específicamente del contrato de depósito y el de fideicomiso con los cuales tiene algunas similitudes, ya que si no se justifica en que estriban estas diferencias y particularidades en sus funciones se podrían utilizar los contratos ya existentes con variaciones.

4.1 Contrato de depósito

Es el primer contrato típico en el que se encuentran ciertas similitudes al contrato de escrow en cuanto a su función de guarda y custodia, pero su naturaleza y funciones no son del todo compatibles a las del contrato bajo estudio, es por ello que se desglosan y se estudian sus propiedades para lograr una clara delimitación entre una figura y otra.

4.1.1 Definición

“El deposito, considerado como la prestación de un servicio, es un contrato por medio del cual el sujeto depositario recibe una cosa que le confía el depositante, con la obligación de custodiarlo y devolverlo cuando se le requiera.”³⁶

“Entrega de una cosa, para ser custodiada y devuelta por quien la recibe.”³⁷

³⁶ Villegas Lara, Rene Arturo, Derecho Mercantil Guatemalteco Tomo III, pág. 59



A manera de definición personal es un contrato por el que el depositario se obliga hacia el depositante a recibir una cosa mueble o inmueble que aquél le confía y a guardarla para restituirla individualmente cuando la pida el depositante.

4.1.2 Definición legal

El Artículo 1974 del Código Civil establece que: “Por el contrato de depósito, una persona recibe de otra alguna cosa para su guarda y conservación, con la obligación de devolverla cuando la pida el depositante o la persona a cuyo favor se hizo o cuando lo ordene el juez.”

4.1.3 Naturaleza Jurídica

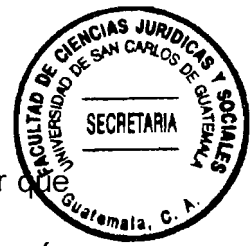
Es un contrato real, ya que exige la entrega de la cosa por el depositante al depositario para perfeccionarse, al no transmitir la propiedad se distingue la compraventa, al no permitir el uso ni el disfrute de la cosa guardada

4.1.4 Elementos

Elemento personal: para que se de un contrato de depósito se necesita principalmente una persona que deposite la cosa, *el depositante* y una persona que reciba esa cosa en depósito, *el depositario*. Las cuales deben gozar de capacidad legal y se necesita el consentimiento de ambas partes libre de vicios.

Elemento real: el código civil al referirse al depósito establece que “*una persona recibe de otra alguna cosa...*”, y no se menciona si la cosa objeto de la guarda y custodia debe

³⁷ Cabanellas De la Cueva Guillermo. Ob Cit, pág. 84



reunir ciertas características especiales, de la anterior definición se podría concluir que pueden ser objeto bienes muebles e inmuebles, fungible o no fungible, pero más adelante se regulan ciertas situaciones que hacen que la cosa objeto del presente contrato vaya individualizándose, por ejemplo se regula que se debe restituir precisamente el mismo bien que fue depositado, por lo tanto se descarta la idea de que el bien depositado sea fungible, pero esto varía según la naturaleza del depósito que se esté hablando, en cuanto a bienes inmuebles se dice que sólo los bienes muebles identificables pueden ser objeto de depósito voluntario.

Elemento formal: para la elaboración de un contrato de depósito no se establece ningún requisito formal o solemne que condicione la validez del mismo, únicamente los establecidos para todos los contratos.

4.1.5 Características

Todo contrato tiene características dadas en distintas épocas o por la misma legislación de cada país, y el doctor Villegas Lara establece que “el contrato de depósito mercantil es bilateral, oneroso, conmutativo, principal, real, de tracto sucesivo”, estas características serán desarrolladas personalmente de la siguiente manera:

- Contrato bilateral: porque es un contrato que emana derechos y obligaciones a ambas partes, tales como el pago que debe hacer el depositante, y para el depositario el hecho de cuidar la cosa y restituirla.
- Contrato oneroso: porque el depositario tiene derecho a exigir remuneración por el depósito, salvo pacto en contrario de acordar que será gratuitamente.

- Contrato principal o accesorio: porque es un contrato que existe por si mismo sin la necesidad de una relación jurídica adicional entre las partes, por ello se dice que es principal, pero también puede darse el caso que el deposito sea accesorio a otro contrato.
- Contrato real: porque para su perfeccionamiento se necesita que una persona haya recibido de otra una cosa para su custodia, guarda y restitución, es decir, se necesita la entrega del bien para su validez.
- Contrato de tracto sucesivo: porque la obligación de custodiar el bien no se da en un solo acto, sus efectos se extienden con el transcurso del tiempo.

A estas características se pueden agregar otras derivadas de la misma naturaleza del depósito que podrían ser:

- Contrato de confianza: porque en la antigüedad no se podía entregar una cosa a un tercero sino se tenía plena confianza en su honestidad y madurez, actualmente ha desaparecido y en las legislaciones se ha omitido toda relación a ese carácter.
- Contrato de custodia: esta es la esencia del contrato de depósito ya que su fin es la prestación al depositante del servicio de custodia de un bien por parte del depositario.



4.1.6 Clases de depósito

Las clases de depósito no están establecidas taxativamente en la legislación pero de la lectura del código civil y código de comercio se puede inferir que hay distintos depósitos que se explicarán a continuación:

- Depósito voluntario o contractual: en el Artículo 714 del Código de Comercio se establece: “En los depósitos de cosas fungibles, se podrá **convenir...**” dicha palabra hace suponer que existe un depósito voluntario o contractual, que tiene origen en los convenios de las partes, dicho en otras palabras es aquel que tiene su origen en la voluntad libre y espontánea de las partes.
- Depósito regular: se toma como base el Artículo 717 del Código de Comercio que reza: “Serán depósitos en almacenes generales, los hechos en establecimientos abiertos al público, para la guarda y conservación de bienes muebles...” del anterior Artículo se desprende el llamado depósito regular que es aquel en donde se entregan cosas individualizadas y el depositario tiene la tenencia de las cosas, pero no puede usarlas ni disponer de ellas y está obligado a devolver exactamente las mismas cosas que recibió, también es el llamado depósito comercial, según la Ley de Almacenes Generales de Depósito “son empresas privadas, que tienen el carácter de instituciones auxiliares de crédito, constituidas en forma de sociedad anónima guatemalteca, cuyo objeto es el depósito, la conservación y custodia, el manejo y la distribución, la compra y venta por cuenta ajena de mercancías o productos de origen nacional o

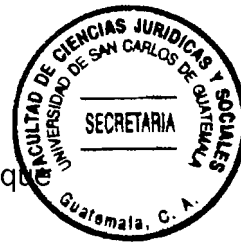
extranjero y la emisión de títulos valor o títulos de crédito...” Por lo tanto se puede apreciar que es una actividad cien por ciento comercial.

- Depósito irregular: el Artículo 714 del Código de Comercio establece: “En los depósitos de cosas fungibles, se podrá convenir que el depositario disponga de la cosa depositada y restituya otro tanto de la misma especie y calidad...” por lo que se infiere que es aquel donde se entregan cosas fungibles no individualizadas para que posteriormente sea devuelto otro bien de la misma naturaleza, especie y calidad.
- Depósito judicial o secuestro: es aquel que se crea en virtud de una resolución judicial y del depositario retiene, custodia y entrega la cosa, de acuerdo con las instrucciones fijadas por el juez, dicha situación se encuentra regulada en los artículos 1997 y 1998 del Código Civil y en el artículo 258 del Código Procesal Civil y Mercantil.

4.1.7 Formas de terminación

El contrato de depósito además del agotamiento, mutuo consentimiento, nulidad, rescisión, vencimiento del plazo, y al hacer una lectura por el título décimo del Código Civil se determina que también termina por:

- a) La entrega de la cosa al depositante, en cuanto éste lo requiere, en base al Artículo 1994 del Código Civil;
- b) Muerte o incapacidad del depositario, como se indica en el Artículo 1990 del Código Civil;



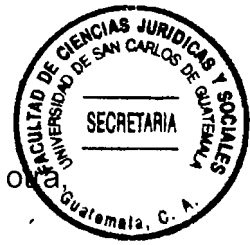
- c) El depósito judicial termina por resolución judicial que lo declare, en la forma que determina el Artículo 1998 del Código Civil.

4.2 Contrato de fideicomiso

Figura contractual típica bastante utilizada en Guatemala, no solo por los particulares sino también por la Administración Pública, se encuentra regulada en su totalidad por el Código de Comercio para estimular la libre empresa ya que proporciona flexibilidad en las negociaciones pero cuando es celebrado entre sujetos de derecho público esta sujeto a fiscalización por parte de la Contraloría General de Cuentas.

4.2.1 Antecedentes

Existen varias teorías en las cuales se discute el origen exacto del fideicomiso, algunos autores encuentran su origen en el derecho romano y otros en el derecho anglosajón. Dentro del derecho romano se encuentra el llamado **fideicommissum**, que era un acto por el cual el testador transmitía sus bienes a un heredero que a su vez adquiría la obligación de transmitirlos a un tercero, ya que éste tenía limitaciones en su capacidad para adquirir y no podía ser parte en un contrato de enajenación, esta clase de contratos se basaba en la confianza que había entre las partes y por eso se dice que fideicomiso viene del latín fides que significa fe y commisus que significa comisión. También existen orígenes del fideicomiso en el derecho anglosajón, a raíz de la figura del Trust, que es un negocio que basado en la buena fe da como resultado la transferencia de un bien en beneficio de un tercero. El Instituto de Derecho Norteamericano define al trust: “una relación fiduciaria relativa a bienes, que obliga a la



persona que los detenta a deberes de equidad para administrarlos en beneficio de o
y que nace como resultado de una manifestación de la intención para crearlo.”

Del fideicomiso en Guatemala: la figura del fideicomiso surge en Guatemala con la Constitución del año de 1945, y con el Decreto Ley 106 (Código Civil), se legisló de una forma ordinaria, pero al emitirse el Decreto 2-70 (Código de Comercio), se trasladó al ámbito mercantil por considerarlo como un negocio bancario, pero es utilizado indistintamente en cualquiera de los dos ámbitos porque tiene aplicabilidad tanto en las relaciones civiles como en la mercantiles.

4.2.2 Definición

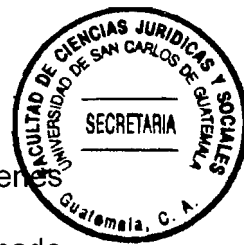
“El fideicomiso es un contrato por el cual una persona destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria.”³⁸

“Es un negocio jurídico (por ser mas genérico, ya que el fideicomiso se puede constituir por testamento o por contrato), por el que una persona llamada fideicomitente, transmite bienes a otra llamada fiduciario, con fines específicos y en beneficio de un tercero llamado fideicomisario.”³⁹

Se ve como el contrato de fideicomiso posee sus propios elementos nominados en cada una de las definiciones anteriores, por decir tiene su propio lenguaje en cuanto a sus partes.

³⁸ Puente Arturo y Octavio Calvo Marroquín, Derecho Mercantil, pág. 343

³⁹ Villegas Lara, Rene Arturo, Ob Cit, pág. 129



“Es un negocio jurídico por el que una persona llamada fideicomitente, transmite bienes a otra llamada fiduciaria, con fines específicos y en beneficio de un tercero llamado fideicomisario.”⁴⁰

4.2.3 Definición legal

El Artículo 766 del Código de Comercio define al fideicomiso cuando establece que: “El fideicomitente transmite ciertos bienes y derechos al fiduciario, afectándolos a fines determinados, el fiduciario los recibe con la limitación de carácter obligatorio, de realizar sólo aquellos actos exigidos para cumplir los fines del fideicomiso.”

Entonces el fideicomiso es un contrato, que tiene por objeto administrar bienes para luego de un tiempo entregarlos a la persona destinada y bajo las condiciones que se establecieron.

4.2.4 Naturaleza jurídica

Dado que el fideicomiso es un negocio muy particular con una finalidad específica se dice que la naturaleza del fideicomiso es eminentemente la administración de los bienes y derechos.

4.2.5 Elementos

Elementos personales: a continuación se describirá la función de cada uno de los elementos personales que intervienen en el contrato de fideicomiso:

⁴⁰ Ibid, pág 125



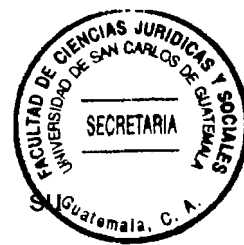
Fideicomitente: “Es la persona individual o jurídica que mediante testamento o contrato transfiere los bienes y/o derechos con un fin específico”³⁸, la declaración de voluntad se puede hacer por si mismo o por medio de apoderado con facultades especiales para constituir fideicomisos (Artículo 767 del Código de Comercio), el fideicomitente debe tener capacidad para enajenar.

Fiduciario: es a quien se le confían los bienes y/o derechos fideicometidos y se le encarga de darles el destino que se previó, en Guatemala como lo establece el Artículo 768 del Código de Comercio únicamente pueden ser los bancos e instituciones de crédito autorizadas por la Junta Monetaria, cuando el fideicomiso es de inversión la función puede delegarse en un agente de bolsa, el fiduciario no puede ser el fideicomisario del fideicomiso donde intervenga. A continuación se enumerarán los derechos y obligaciones del fiduciario que establece el Código de comercio:

Derechos: establecidos en el Artículo 783 del Código de Comercio:

- 1º.” Ejercitar las facultades y efectuar todas las erogaciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las limitaciones que establece la ley o que contenga el documento constitutivo;
- 2º. Ejercitar todas las acciones que puedan ser necesarias para la defensa del patrimonio fideicometido;
- 3º. Otorgar mandatos especiales con representación en relación con el fideicomiso;

³⁸ Paz Alvarez, Roberto. Negocio jurídico mercantil, pág. 106



4º. Percibir remuneración por sus servicios, cobrar preferentemente remuneración de los ingresos del fideicomiso;

5º. Los demás que sean necesarios para el cumplimiento del fin del fideicomiso.”

La enumeración legal citada anteriormente es una lista **apertus** tal y como lo establece el numeral 5 al dejar abierta la posibilidad que sean las partes contratantes las que asignen otros derechos o facultades, ya que las negociaciones de tipo mercantil se caracterizan esencialmente por la libertad de contratación y la voluntad de las partes, siempre y cuando no contravengan el orden público o la moral.

Obligaciones: establecidas en el Artículo 785 del Código de Comercio:

1º. “Ejecutar el fideicomiso de acuerdo con su constitución y fines;

2º. Desempeñar su cargo con la diligencia debida y únicamente podrá renunciarlo por causas graves, que deberán ser calificadas por un juez de Primera Instancia;

3º. Tomar posesión de los bienes fideicometidos en los términos del documento constitutivo y velar por su conservación y seguridad;

4º. Llevar cuenta detallada de su gestión, en forma separada de sus demás operaciones y rendir cuentas e informes a quien corresponda, por lo menos anualmente o cuando el fideicomitente o el fideicomisario se lo requieran;

5º. Las demás inherentes a la naturaleza de su cargo.”



Listado que también deja la posibilidad de incorporar más obligaciones, y es que el ámbito de las obligaciones fiduciarias es más amplio que de los mismos derechos, ya que es una figura contractual tan compleja, es por ello que en este tipo de contratos el principio de legalidad opera en el sentido que las partes pueden hacer lo que la ley no prohíbe.

Fideicomisario: es la persona que resulta ser la beneficiaria del fideicomiso constituido y debe tener capacidad para adquirir derechos. Los derechos del fideicomisario que establece el Código de Comercio en su Artículo 778 son:

- 1º. “Ejercitar los que se deriven del contrato o acto constitutivo” ya que es el sujeto sobre el cual recae directamente los resultados del mismo contrato;
- 2º. “Exigir al fiduciario el cumplimiento del fideicomiso” porque como beneficiario tiene el derecho de fiscalizar la labor que se realizada por parte de el para velar por el correcto cumplimiento del mismo;
- 3º. “Pedir la remoción del fiduciario por las causales establecidas en el Código de Comercio” al incumplir con una obligación esencial se puede pedir que la figura de fiduciario sea sustituida a otra persona;
- 4º. “Impugnar los actos que el fiduciario realice de mala fe o en infracción de las disposiciones que rijan al fideicomiso y exigir judicialmente que se restituyan al fiduciario los bienes que, como consecuencia de estos actos, hayan salido del patrimonio fideicometido”, es el derecho procesal que le corresponde a el en virtud de haberse desviado el destino de los bienes fideicometidos;



5º. “Revisar, en cualquier tiempo, por sí o por medio de las personas que designe los libros, cuentas y comprobantes del fideicomiso, así como mandar a practicar auditoria”, también se incluye dentro del derecho de fiscalización que tiene derecho.

Elementos Reales: es todo aquello que puede transmitirse y puede ser objeto de fideicomiso, toda clase de bienes y derechos. Los bienes pueden ser muebles o inmuebles. Los honorarios que el fiduciario recibe también se consideran como elemento real.

Elementos Formales: El fideicomiso debe constituirse en escritura pública, ya sea a través de contrato o por testamento, como se establece en el Artículo 771 del Código de Notariado.

4.2.5 Características

El Artículo 766 del Código de Comercio establece: “**Características.** El fideicomitente transmite ciertos bienes y derechos al fiduciario, afectándolos a fines determinados.

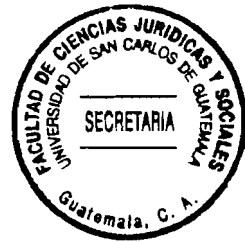
El fiduciario los recibe con la limitación de carácter obligatorio, de realizar sólo aquellos actos exigidos para cumplir los fines del fideicomiso.”

Del anterior Artículo se desprenden algunas de las características importantes, las que se complementaran con otras establecidas a lo largo del Código de Comercio:

- ♦ Es un negocio traslativo de bienes, pero no en propiedad.
- ♦ Es un contrato limitativo a lo establecido en el mismo.



- ◆ Es de carácter obligatorio, ya que una vez establecida la calidad de fiduciario no puede renunciar a su realización.
- ◆ Es un negocio jurídico que puede presentarse como un acto unilateral (testamento), o un acto bilateral (contrato), como lo establece el Artículo 770 del Código de Comercio al decir que “puede constituirse por contrato o testamento”.
- ◆ Es nominado: ya que en nuestra legislación, específicamente en el capítulo V, del Código de Comercio, aparece el título **Fideicomiso**, por lo que está establecido legislativamente.
- ◆ Es oneroso: ya que el fiduciario tiene derechos a percibir honorarios en compensación por sus servicios los que correrán por cuenta del fideicomitente, fiduciario y ambos a la vez, como se establece en el Artículo 783, numeral 4º. Del Código de Comercio “Percibir remuneración por sus servicios...”
- ◆ Es un negocio típico mercantil.
- ◆ Es un negocio solemne: la característica de solemnidad de algunos contratos deviene que la Ley obliga que dicho contrato debe constar necesariamente en escritura pública para su validez y la ausencia de esa formalidad hace inexistente el vínculo, y así queda establecido en el Artículo 771 del Código de Comercio “El contrato de fideicomiso debe constar en escritura pública en el acto de suscribirse...”.
- ◆ Es de tracto sucesivo: porque la consumación del negocio se prolonga en el tiempo.



4.2.6 Forma del fideicomiso

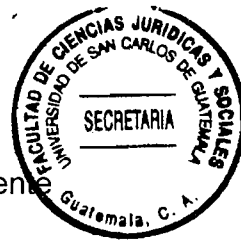
Según el Artículo 770, del Código de Comercio el fideicomiso puede constituirse por medio de testamento o por contrato, como quedo establecido anteriormente. En ambos casos a requerimiento de ley se necesita que sea haga por medio de escritura pública para que se considere el vínculo existente.

4.2.7 Clases de fideicomiso

De acuerdo a los propósitos del fideicomiso, se ha logrado enumerar tres clases de fideicomisos:

Fideicomiso de Garantía: es el fideicomiso que se instituye para garantizar el cumplimiento de obligaciones, en especial las crediticias. Se ha usado como sustituto de la hipoteca, garantiza la devolución del préstamo con un bien inmueble y se entrega en depósito a una institución bancaria, pero no hay traslado de dominio porque dicho bien no entra al patrimonio del fiduciario, solo se atribuye a éste el poder jurídico de enajenar la cosa en los términos y condiciones que en el acto constitutivo del fideicomiso se establezcan.

Fideicomiso de Administración: es aquel en el que el fiduciario administra los bienes fideicometidos y con este fin otorga contratos de arrendamiento, cobra rentas, paga impuestos, ya que la persona que lo constituyó no desea administrar personalmente los mencionados bienes, y prefiere dárselos a un fiduciario experto y organizado que garantice la efectividad de los beneficios que se recibirán, también puede darse el caso que una persona de avanzada edad constituye un fideicomiso y entrega sus bienes al



fiduciario para que este lo administre y entregue sus productos al propio fideicomitente y para que a la muerte de él, se titulen los bienes fideicometidos a las personas que en el acto constitutivo se designen, por esto hay autores que difunden la creación de fideicomisos en testamentos porque se evita el proceso sucesorio testamentario o intestado, según sea el caso.

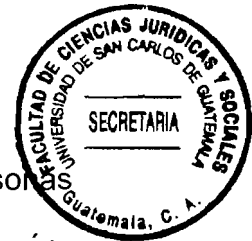
Fideicomiso de Inversión: se da cuando el fideicomitente transfiere bienes destinados a ser invertidos en ejecución del fideicomiso, generalmente el fideicomitente es el fideicometido y entrega sus bienes y derechos al fiduciario quien se encarga de conceder préstamos con esos bienes, de esta forma se logra una inversión para obtener una ganancia, se permite la creación de certificado fiduciario, se constituye un fideicomiso en que se atribuye al fiduciario la titularidad de un inmueble, para que el fiduciario lo emita y venda al público como valor de inversión, el banco aparecerá en el Registro de la Propiedad como titular del inmueble y se anotará la situación en la que se encuentra la finca.

4.2.8 Nulidad del fideicomiso

La nulidad de un contrato proviene cuando existe omisión en los elementos esenciales y este no nace a la vida jurídica en el caso de los fideicomisos la ley establece en que casos éstos serán nulos, así establece el Artículo 789 del Código de Comercio:

“Los fideicomisos serán nulos cuando:

- a) Se constituyan de forma secreta;



b) Aquellos en los cuales el beneficio se otorgue a diversas personas sucesivamente que deban sustituirse por muerte de la anterior salvo que la sustitución se efectúe a favor de personas que estén vivas o concebidas a la muerte del fideicomitente.”

La primer causa de nulidad deviene de la necesidad de hacer al fideicomiso un acto solemne frente a notario público, cabe mencionar que los fideicomisos celebrados por el Estado deben ser fiscalizados por la Contraloría General de Cuentas, ya que están en juego intereses hacendarios y la segunda causa es una prohibición de sucederse.

4.2.9 Formas de terminación

En el Artículo 787 del Código de comercio se establecen también las formas de término de los fideicomisos, las cuales se enumerarán y explican a continuación:

“1o. Por la realización del fin para el que fue constituido”, lo que significa que el objeto por el cual fue constituido en principio, sea cual fuere su naturaleza quedo realizado, consumado, perfeccionado, esta es una forma normal de terminación de cualquier contrato ya sea de naturaleza civil o mercantil, misma que se podría utilizar de forma subsidiaria al contrato de depósito de fuente escrow.

“2º. Por hacerse imposible su realización”, significa que por alguna razón el objeto para el cual se constituyó no fue posible consumarlo por lo que es una forma anormal de terminación de este contrato.

- “3º. Por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto”, esta se refiere a la clausula que se incluye en los contratos para dar por terminados los mismos por alguna razón sin responsabilidad para las partes.
- “4º. Por convenio expreso entre el fideicomitente y fideicomisario”, esta sería la llamada comúnmente como por mutuo acuerdo.
- “5º. Por revocación hecha por el fideicomitente, cuando se haya reservado ese derecho en el documento constitutivo”, cuando el mismo fideicomiso es retirado previamente establecido en el mismo.
- “6º. Por renuncia, no aceptación o remoción del fiduciario, si no fuere posible sustituirlo”;
- “7º. Por el transcurso del plazo máximo de veinticinco años, a menos que el fideicomisario sea incapaz, enfermo incurable o institución de asistencia social”, cuando el tiempo permitido por la ley para constituir fideicomisos llega a su fin.
- “8º. Por sentencia judicial.”, que es la facultad que tienen los órganos jurisdiccionales de poner fin a un contrato de fideicomiso.

4.3 Diferencias del contrato de escrow con otros contratos

Después de establecer las generalidades del contrato de depósito y el fideicomiso se enumeran las diferencias del contrato de escrow con éstas dos figuras contractuales que mas se le parecen en naturaleza y función, esto con el fin de determinar la



importancia que tiene el dar a conocerlo y el utilizarlo como mecanismo alternativo de protección de la propiedad intelectual en materia de software.

4.3.1 Diferencias del contrato de escrow con el depósito:

Entre las diferencias que existen entre el contrato de depósito y el contrato de depósito fuente, haré mención de las que a mi juicio parecen ser las más evidentes y las que hacen que ambos contratos no sean iguales:

- El Artículo 1974 del Código Civil establece que: “Por el contrato de depósito una persona recibe de otra alguna cosa para su guarda y conservación, con la obligación de devolverlo cuando lo pida el depositante, o la persona a cuyo favor se hizo, o cuando lo ordene el juez.”

Esto no sucede con el contrato de escrow, ya que si bien el depositario recibe una cosa para su guarda y conservación, lo depositado (código fuente), jamás será dado al usarlo que es la persona a cuyo favor se hizo, en ninguna circunstancia ya que desvirtuaría el objeto del mismo.

- El Artículo 1975 del mismo cuerpo legal establece que: “No es necesaria la entrega de la cosa cuando el que la tiene en su poder por otro título, acepta el depósito expresamente o en virtud de mandato de autoridad competente.”

En el contrato de escrow es necesaria la entrega del código fuente, ya sea que esta la haga el propio autor del programa o el que tenga la titularidad del mismo.



- Artículo 1976: “El menor de edad que acepte el depósito está obligado a restituir la cosa depositada si se conserva aún en su poder...”

Dicho Artículo establece la posibilidad que un menor sea el depositario, y en el contrato de escrow esto no sucede, ya que el depositario es siempre un fedatario público, notario, con conocimientos en informática.

- Artículo 1978: “Son obligaciones del depositario: 1º. Guardar la cosa depositada y abstenerse de hacer uso de ella...”

Esta es una diferencia esencial entre los dos contratos porque una de las obligaciones que tiene el depositario del código fuente es la actualización periódica de dicho programa para que con el tiempo no se vuelva obsoleto, por lo que no se pueda dar el supuesto de abstenerse de usarlo.

- Artículo 1982: “El depositario podrá retener la cosa depositada mientras no se le haya pagado o garantizado los gastos o los daños y perjuicios...”

En el contrato de escrow no opera de este modo, si no hay pago para el depositario según lo convenido en el contrato, el depositario debe devolver lo depositado y puede dar por terminado dicho contrato.

- Artículo 1986: “Si fueren dos o mas los depositantes...”

En el derecho de autor no pueden ser dos los autores de un programa, únicamente uno ostenta el título de autor, y si fuere el caso del titular sería únicamente uno el que comparezca a suscribir el contrato.

- Artículo 1991: “La devolución del depósito se hará en el mismo lugar en que fue recibido, salvo pacto en contrario.”

Esto no sucede con el contrato de escrow, ya que por su naturaleza mercantil el mismo no tiene formalidades en cuanto al lugar de entrega y devolución, salvo que las partes lo pactaran expresamente en dicho contrato.

- En relación al depósito regulado en el Código de Comercio se puede mencionar que existen diferencias y que no se puede tampoco encuadrar dentro del depósito irregular ni el depósito en almacenes generales de depósito ya que este contrato no consiste en depositar en los almacenes generales de depósito quienes tienen su ley especial.

4.3.2 Diferencias del contrato de escrow con el fideicomiso:

Cuando se menciona el fideicomiso en el presente trabajo, es porque la función del fideicomiso es bastante similar a la del contrato de escrow ya que en ambos contratos una persona transmite bienes a otra para beneficio de un tercero que puede ser el mismo que la transmitió, en forma general se establece que ambos contratos tienen similitud en cuanto esta función, pero al estudiar el fideicomiso en particular se puede apreciar que los fines, la forma de constitución y hasta los elementos personales no son iguales y persiguen distintos objetivos, y a continuación se estudiarán las diferencias que se han encontrado entre ambas figuras contractuales:

- El Artículo 766 del Código de Comercio establece: “El fideicomitente transmite ciertos bienes y derechos al fiduciario...”



En esta línea se encuentra una diferencia esencial entre las dos figuras contractuales bajo estudio ya que el contrato de escrow no **transmite** el código, únicamente lo deposita ante un notario conservando su autoría sobre el mismo, y el fideicomiso como claramente se ve si lo hace.

- El Artículo 768 del mismo cuerpo legal establece que: “Sólo podrán ser fiduciarios los bancos establecidos en el país. Las instituciones de crédito podrán así mismo actuar como fiduciarios, después de haber sido autorizadas especialmente para ello por la Junta Monetaria.”

En el caso de ver el contrato de escrow como una especie de fideicomiso por su función, con leer esta norma se puede ver que se está ante dos figuras totalmente diferentes, ya que en este caso el fiduciario (que en una comparación sería el depositario), sólo son los bancos y los establecimientos autorizados, en cambio en el contrato de escrow el depositario es un notario público.

- Artículo 770: “El fideicomiso puede constituirse por contrato o instituirse por testamento.”
- Artículo 771: El contrato de fideicomiso debe constar en escritura pública...”

Ya se vio en las características del contrato de escrow que no está sujeto a formalidades ni solemnidades y es valido desde el momento en que se acuerda el negocio y se formaliza en documento privado, no así el

fideicomiso que tiene una forma establecida por Ley para que nazca a la vida jurídica.

- El Artículo 774 establece que: “Puede designarse uno o varios fiduciarios...”

En el contrato de escrow no sucede esto, ya que el depositario (que es el que se está comparando con el fiduciario por su función), es únicamente y exclusivamente un notario que conserva el código fuente.

- Artículo 777 regula: “Patrimonio fideicometido...”

En el contrato de escrow no hay patrimonio fideicometido, solamente existe un bien objeto del depósito.

Entonces se puede afirmar que la figura contractual o testamentaria del fideicomiso se encuentra muy lejos de la naturaleza y funciones del contrato de escrow, únicamente como ya se mencionó, se asemeja por la función que cumplen las personas que en él participan.

4.3.3 Ventajas del uso del contrato de escrow:

- En la legislación guatemalteca existen muchas figuras contractuales, cada una regula una situación jurídica en particular, pero como resultado del avance de la tecnología y la demanda de los programas de software por parte de personas que buscan simplificar las tareas cotidianas, el derecho busca nuevas figuras jurídicas que se adapten perfectamente a esta situación, encontrando en el



contrato de escrow el vehículo idóneo para proteger la propiedad intelectual en la creación de dichos programas de ordenador más conocidos como software.

- El depósito en un tercero de confianza, del código fuente evita tener que entregar el código fuente al cliente o usuario, ya que entregarlo implicaría una merma en las garantías frente a reproducciones o transformaciones no deseadas de su programa, constituyéndose de esta forma en un mecanismo alternativo de la propiedad intelectual en materia de software para los autores.
- Derivado de lo anterior se evitan los trámites a realizar en el Registro de la Propiedad Intelectual.
- Si se diera el caso de la quiebra de la empresa del titular, desaparición del autor, o cese de actividades del mismo, el usuario tiene la seguridad de que podrá tener acceso al código fuente para el mantenimiento del programa o sus mejoras.

4.3.4 El contrato de escrow utilizado como carta de crédito:

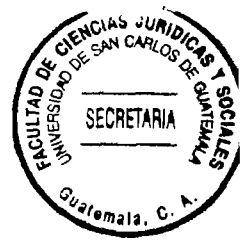
El contrato de escrow puede utilizarse en varios ámbitos y no sólo en materia de software, y en la práctica también se utiliza como una carta de crédito que en general funciona de la siguiente manera:

En lugar de una carta de crédito, las partes de un contrato de compraventa mercantil depositan cierta suma de dinero en una persona de reconocida honorabilidad con el objeto de que al momento de que se cumpla la condición de entrega de producto por parte del vendedor, el depositario de la cantidad de dinero la entregue a este último, la suma entregada por el comprador. En este caso el depositario de la cantidad de dinero



actúa como árbitro, calificando si el vendedor cumplió a cabalidad con la cantidad y calidad del producto.

Esta modalidad de escrow a pesar de tener mucha demanda, es reconocida por la Asociación Bancaria de Guatemala, como una operación con características marcadamente poco usuales, y es considerada como una operación sospechosa anexa a las normas de prevención del uso indebido de servicios bancarios, por lo mismo es recomendable una previa investigación de las partes, y del origen del dinero para estar seguro que el negocio que se realiza no incurre en ninguna infracción a la ley, tal y como se establece en el Anexo III se le reconoce como una operación bancaria.





CONCLUSIONES

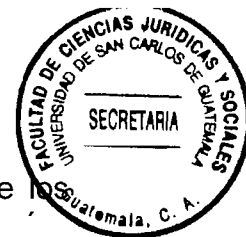
1. La protección legal de los programas de ordenador en Guatemala, tienen muchas deficiencias y desventajas que perjudican al autor y a sus derechos derivados de la creación del mismo, porque no se provee una correcta protección a dichos programas, a esto se suma el desconocimiento de la existencia del contrato atípico denominada escrow.
2. La falta de prevención para la comisión de un delito en contra de la protección de los programas de ordenador provoca un desgaste en los órganos jurisdiccionales de materia penal, ya que se actúa después que el bien jurídico tutelado fue vulnerado.
3. Las figuras contractuales tipificadas en la legislación guatemalteca no proporcionan una tutela efectiva al derecho de autor en general y por ende a los programas de ordenador por no adaptarse ni adecuarse a las necesidades actuales en el ámbito de la informática.
4. El Registro de la Propiedad Industrial de Guatemala establece procedimientos de inscripción de derechos relativos a la propiedad industrial, derechos de autor y conexos que resultan demasiado tardados para declarar la titularidad y excesivamente onerosos lo que conlleva a omitir la inscripción y de esta forma la propiedad únicamente se presume.
5. En la actualidad no existe garantía para los usuarios de un software que éste se les siga prestando de una forma continua y regular, a su vez resulta riesgoso para el creador del software porque no se le está garantizando que ese programa sea copiado o reproducido ilícitamente.





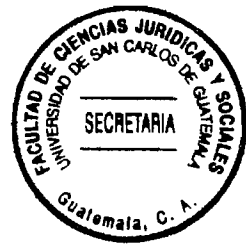
RECOMENDACIONES

1. A los catedráticos de todas las Facultades de derecho de las Universidades del país la implementación en el programa de estudios de derecho mercantil, el estudio de contratos atípicos incluyendo el contrato de escrow o contrato de protección del código fuente, sumado a ésto se considera que es indispensable el desarrollo de talleres en los que se indique los alcances y ventajas del contrato de escrow dirigido a los empresarios, creadores, comerciantes, abogados y notarios y estudiantes de derecho.
2. Al gremio de abogados y notarios, se recomienda incluir dentro de el quehacer notarial la utilización del contrato atípico denominado escrow, ya que constituye un mecanismo alternativo de protección a la propiedad del autor de un programa de ordenador, sin la necesidad de inscribir el mismo en el Registro de la propiedad intelectual.
3. La naturaleza atípica del contrato de escrow permite que este tipo de contratos adquiriera mas demanda en estos días, porque además de garantizar los derechos de autor del software en forma definitiva, se puede realizar en poco tiempo y sin mayor formalidad, haciendo de este un contrato ágil y con muchas ventajas para los comerciantes y no comerciantes.
4. La naturaleza atípica, poco formalista del contrato de escrow, así como su esencia eficaz y adaptable lo hace idóneo para la protección del autor de software, de esta forma se omite la inscripción registral ya que se garantiza la protección del código fuente lo que a su vez protege el programa fuente en su totalidad, por lo que éste constituye un mecanismo de protección paralelo al que



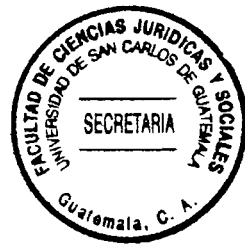
brinda el Registro de la Propiedad Industrial en cuanto a la protección de los derechos de autor de programas de ordenador.

5. Al tener conocimiento del contrato de escrow se pueden apreciar los alcances y ventajas que tendrá su utilización para ambas partes que forman la relación contractual, porque el usuario final tendrá la seguridad que el programa le seguirá siendo actualizado y prestado eficazmente y a la vez se garantiza al autor, porque el código fuente que es el origen del programa esta bajo la guardia de una persona investida de fe pública.



ANEXOS





ANEXO I

GLOSARIO

IEEE:	The Institute of Electrical and Electronics Engineers, el Instituto de Ingenieros Eléctricos y Electrónicos.
CD-ROM:	Unidad de lectura de discos.
ERS:	Especificación de Requerimientos del Software
MCP:	Microsoft Certified Professional
XP:	eXtreme Programming, Programación Extrema
RUD:	Rational Unified Process, Proceso Unificado de Rational
FDD:	Feature Driven Development
COCOMO:	Modelo Constructivo de Costes
AUTOCAD:	Programas de diseño asistido por computador
MSN:	Messenger
MySQL:	Sistemas gestores de bases de datos
IDE:	entornos de desarrollo integrados por sus siglas en ingles
UdeE:	Universo de Discurso
IR:	Ingeniería de Requisitos
LEL:	Léxico Extendido del Lenguaje
OMPI:	Organización Mundial de Propiedad Intelectual





ANEXO II

MODELO DE CONTRATO DE DEPÓSITO NOTARIAL DE CÓDIGO FUENTE O ESCROW

En _____ el día _____ de _____ de 20__

REUNIDOS:

De una parte:

_____, de ___ años de edad, estado civil, profesión u oficio, nacionalidad, domicilio, me identifico con la cédula de vecindad número _____ y de orden _____ extendida por el Alcalde Municipal de _____ departamento de _____, (si procede) actuando en mi calidad de _____ de la entidad _____, lo que acredito con el acta notarial de nombramiento autorizada por el Notario _____ en la ciudad de _____ el día _____ inscrita en el Registro Mercantil de la República bajo el número _____, folio _____ del libro _____ de Auxiliares de Comercio con fecha _____, en posesión de poderes suficientes para este acto. (Desarrollador)

De otra parte:

_____, de ___ años de edad, estado civil, profesión u oficio, nacionalidad, domicilio, me identifico con la cédula de vecindad número _____ y de orden _____ extendida por el Alcalde Municipal de _____ departamento de _____, (si procede) actuando en mi calidad de _____ de la entidad _____, lo que acredito con el acta notarial de nombramiento autorizada por el Notario _____ en la ciudad de _____ el día _____ inscrita en el Registro Mercantil de la República bajo el número _____, folio _____ del libro _____ de Auxiliares de Comercio con fecha _____, en posesión de poderes suficientes para este acto. (Cliente)

Las partes se reconocen la capacidad necesaria para contratar y obligarse en la calidad con que actúan y

MANIFIESTAMOS

1. Que el desarrollador se dedica al desarrollo informático de programas de ordenador y a su mantenimiento, y que cede el uso sin exclusiva espacial, ni temporal del programa de ordenador _____ al cliente.
2. Que el cliente muestra su interés en poder acceder al código fuente del desarrollo en caso de cumplirse una serie de condiciones.
3. Que ambas partes acuerdan de mutuo acuerdo la formalización del presente contrato de Escrow, que dispone de las siguientes cláusulas:

CLÁUSULAS



I. NATURALEZA DEL CONTRATO

El contrato de depósito notarial de código fuente, se constituye como una especialidad del contrato de depósito regulado por los artículos 1974 y siguientes del Código Civil.

II. OBJETO DEL CONTRATO

El objeto del presente contrato es otorgar al Cliente la posibilidad de acceder al código fuente en el caso de que se produzca alguna de las causas establecida en la cláusula tercera.

Se llevará a cabo el depósito del código fuente de la aplicación denominada _____ ante el notario _____, con número de colegiado _____ con oficina profesional ubicada en _____, que será depositario de la misma en tanto no le sea solicitado por ninguna de las partes y siempre que se cumplan los requisitos indicados en la cláusula tercera del presente contrato.

III. RÉGIMEN DEL DEPÓSITO

Podrán acceder al código fuente del programa desarrollado y depositado ante el Notario las partes indicadas en el presente contrato o representantes legales que acrediten poder suficiente y siempre que se cumpla alguno de los siguientes requisitos:

- a. En caso de que se haya solicitado al desarrollador de forma fehaciente la posibilidad de realización de una actualización del software conforme al contrato de desarrollo y mantenimiento, y el desarrollador no haya atendido a su solicitud en el plazo de 3 meses desde la comunicación fehaciente, entendiéndose por comunicación fehaciente la realizada vía correo electrónico.
- b. En caso de resultar necesaria la modificación del código fuente para el correcto funcionamiento del programa y, no siendo posible localizar a ninguna de las personas responsables, o en caso de haberlas encontrado, resultara imposible por su parte llevar a cabo las modificaciones necesarias por causas externas al mismo, como por ejemplo y a título enunciativo, pero no limitativo, el cierre, quiebra o desaparición de la empresa desarrolladora.
- c.

IV. OBLIGACIONES DEL DEPOSITANTE

El depositante se obliga a comunicar al Cliente y al depositario cualquier modificación que se produzca respecto a su domicilio y a la titularidad de los derechos de explotación, así como comunicar de forma previa que va a proceder a solicitar al notario el acceso a la información depositada.

V. DURACIÓN Y PRECIO DEL DEPÓSITO.

El depósito tendrá una duración indefinida. Para proceder a la cancelación de este contrato se exigirá un preaviso de _____ (días/meses)

La cantidad económica del depósito notarial, equivalente a _____, será abonada por las partes, correspondiendo a cada una el pago del 50% total.



VI. EXTINCIÓN

No obstante, toda vez que se produzca la extinción natural del contrato, el Notario depositante estará obligado a devolver o destruir de manera segura e irreversible todos los materiales depositados.

VIII. LEY APLICABLE Y JURISDICCIÓN

Todas las cuestiones litigiosas sobre el presente contrato mercantil, quedarán regidas por la legislación guatemalteca, específicamente por lo dispuesto en el Código de Comercio, y en su defecto, por los usos mercantiles y con carácter supletorio las disposiciones contenidas en el Código Civil.

Las partes acuerdan intentar solucionar en primera instancia de forma amistosa. En caso de no logrear un acuerdo, pero en todo caso las partes se someten expresamente a solucionar todos los conflictos derivados de este contrato al juicio de arbitraje.

f. _____

Desarrollador

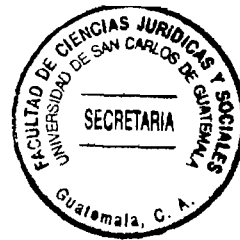
f. _____

Ciente

f. _____

Depositario

En la ciudad de Guatemala, el día _____ de _____ de _____, como Notario Público Doy fe que las firmas que anteceden fueron puestas en mi presencia el día de hoy por: a) _____, quien se identifica con cédula número _____ de registro _____ extendida por el Alcalde Municipal de _____, y actuando en su calidad de _____ de la entidad _____; b) _____, quien se identifica con cédula número _____ de registro _____ extendida por el Alcalde Municipal de _____, y actuando en su calidad de _____ de la entidad _____; y c) _____, quien se identifica con cédula número _____ de registro _____ extendida por el Alcalde Municipal de _____, las firmas calzan un Contrato de depósito notarial de Código Fuente. Los señores a), b) y c) vuelven a firmar con el Infrascrito Notario la presente acta de legalización de firma.





ANEXO III

ACUERDO INTERBANCARIO DE LA ASOCIACIÓN BANCARIA DE GUATEMALA

“NORMAS PARA LA PREVENCIÓN DEL USO INDEBIDO DE LOS SERVICIOS BANCARIOS”

Las Instituciones miembros de la Asociación Bancaria de Guatemala, tomando en consideración:

1. El compromiso ético y profesional de sus accionistas, funcionarios y empleados, de evitar que los servicios de la Institución sean usados para dar legitimidad a fondos provenientes de acciones ilícitas, definidas como tales por la legislación guatemalteco, conocidas usualmente como "Lavado o blanqueo de dinero o de otros activos financieros"
2. Su obligación de prestar toda la colaboración que establecen las leyes en la República de Guatemala para evitar el lavado de dinero y de otros activos financieros
3. La conveniencia de formular y llevar a la práctica un conjunto mínimo de normas específicas para prevenir el lavado de dinero y de otros activos financieros.

ACUERDAN:

Dar cumplimiento a las medidas básicas de prevención relacionadas con los aspectos siguientes:

A: Conocimiento del Cliente.

1. **Política de Conocimiento de los clientes:**

Toda la Institución procederá a la determinación y cumplimiento de una política de conocimiento de los clientes que le permita:

- a. Informarse razonablemente de las actividades del cliente.
- b. Conocer oportunamente actividades sospechosas de lavado de dinero y de otros activos financieros.
- c. Promover el cumplimiento de las respectivas normas legales y de sanas prácticas bancarias.
- d. Proteger la reputación de la Institución y reducir el riesgo de que sus servicios sean usados para dar legitimidad a fondos y otros activos financieros que pudieran ser producto de actividades ilícitas.

2. **Identificación de los clientes:**

- a. Toda Institución debe implementar procedimientos efectivos para determinar la identidad del cliente y sus actividades, en el momento en que se establece una relación, sea de abrir una cuenta o de proveer cualquier otro servicio, incluyendo el de cajillas de seguridad
- b. Todos los clientes de la Institución deberán llenar una solicitud, antes de abrir sus respectivas cuentas, que incluya, por lo menos, la siguiente información: nombres, apellidos, estado civil, profesión, oficio u ocupación, documento de identidad, nacionalidad, domicilio, residencia, dirección, teléfonos, empresa donde trabaje y referencias bancarias y comerciales. Además, presentarán fotocopia de los documentos de Identidad personal, las cuales deberán ser conservadas por la Institución.
- c. Debe exigirse la cédula de vecindad a los guatemaltecos y el pasaporte a los extranjeros y, además, una fotocopia de la página del pasaporte que muestra el sello de entrada a Guatemala. Los



documentos que sean fácilmente obtenidos a cualquier nombre, como certificados de nacimiento, tarjetas de crédito, constancia del seguro social, licencia para conducir y carnets de asociaciones, deben ser aceptados como única identificación.

- d. Siempre que sea posible, el cliente deberá ser entrevistado personalmente.
- e. Se deberá tomar en consideración la residencia o el lugar donde se encuentra ubicado el negocio del cliente, Si no estuviera situado en el área a la que brinda sus servicios la Institución, sucursal o agencia, se le deberá preguntar al cliente el porqué está abriendo ahí ese cuenta.
- f. En caso de desconocerse al cliente, se deberá llevar a cabo una verificación visual del mismo para comprobar la existencia real del negocio y si éste está en posibilidad de producir los bienes o brindar los servicios que hayan sido descritos.

3. **Obtención de referencias válidas sobre clientes:**

Conviene obtener de fuentes confiables información sobre el historial de la persona como cliente bancario y, a falta de ésta, referencias comerciales o personales.

La identidad del cliente y sus actividades deben ser verificadas utilizando la mejor evidencia documentada que sea posible obtener.

Una buena forma de verificación de identidad se efectúa por la presentación personal del nuevo cliente que haga un cliente conocido y respetado, un miembro del personal o un accionista de la Institución.

Cuando una Institución bancaria no logre obtener la verificación adecuada, debe establecer contacto con otra, con el propósito de verificar la identidad y actividades del cliente.

4. **Transacciones con personas jurídicas:**

Por personas jurídicas se entiende a, los entes distintos de las personas naturales, susceptibles de adquirir derechos o contraer obligaciones, tales como sociedades civiles y mercantiles, asociaciones, sindicatos y otras entidades o grupos, aparezcan o no registrados como sociedades. En otros países se ha podido establecer que las cuentas de personas jurídicas son probablemente los vehículos más usados en el lavado de dinero y otros activos financieros, particularmente cuando su fachada es una compañía mercantil legalmente constituida.

Es necesario, por tanto, identificar a los directivos, los funcionarios y empleados que tengan firma registrada, el tipo de negocio y la trayectoria del mismo.

a. **Sociedades constituidas en Guatemala:**

Los siguientes documentos deben obtenerse respecto a cuentas nuevas para sociedades registradas en Guatemala:

1. Fotocopias de la Escritura y sus modificaciones debidamente inscrita en el Registro Civil o Mercantil, según corresponda, de los documentos de Identidad de los representantes de la compañía y de las personas autorizadas a firmar contra las cuentas.

b. **Sociedades constituidas en el extranjero:**

En lo posible, cuando se abran cuentas para sociedades constituidas fuera de Guatemala, deben obtenerse documentos comparativamente similares a los arriba mencionados. Por ejemplo, un certificado de validez legal presentado por los abogados foráneos de la compañía, referencias bancarias y mandato a favor de la persona que registrará su firma en la Institución.



B. Conocimiento de los empleados.

Con el objeto de velar por la conservación de la más elevada calidad moral de sus empleados, la Institución Financiera debe seleccionarlos cuidadosamente y vigilar su conducta, en especial la de aquellos que desempeñan cargos relacionados con el manejo de clientes, recepción de fondos y control de información, estableciendo las normas y controles apropiados.

En cuanto a conductas sospechosas de favorecer el lavado de dinero o de otros activos en la Institución, se debe prestar cuidado a empleados cuyo nivel de vida no corresponda al de su salario, sean renuentes a tomar vacaciones o pueden estar asociados directa o indirectamente con la desaparición de fondos de la Institución.

C. Servicios Bancarios:

1. Apertura de Cuentas especiales:

a. En la apertura de una cuenta para un menor de edad o para cualquier otra persona, por parte de un administrador, mandatario o tutor, debe tenerse el cuidado de verificar la identidad de todas las partes relacionadas con la cuenta, siguiendo los pasos de verificación que corresponden a una cuenta de persona natural.

b. En la apertura de cuentas a través de las cuales se reciban fondos del exterior y se transfieran a otros puntos, para atender operaciones comerciales complejas, la verificación de tipo de negocio y de las partes que intervienen en el mismo debe ser sumamente cuidadosa y bien documentada.

Los empleados que están en posición de atender la apertura de cuentas deben recibir el entrenamiento en los procedimientos de comprobación y verificación que exige este trámite.

2. Manejo de cuentas:

a. Es conveniente la revisión de transferencias recibidas y enviadas, incluyendo pagos recibidos a favor de terceros que no son cuenta- habientes y transferencias frecuentes o repetitivas por cantidades considerables que se originen de un cliente o un grupo de clientes.

b. Debe tenerse especial cuidado cuando una Institución realiza una transacción para una persona que no tiene cuenta con ella. En todo caso, debe pedirse al ordenante que produzca evidencia de su identidad.

3. Transacciones con valores:

Es conveniente prestar especial atención a las posibilidades de lavado de dinero y de otros activos financieros utilizando transacciones relacionadas con Inversión en valores:

a) Transacciones no usuales con valores, en montos considerables, hechas con dinero en efectivo.

b) Compra de valores para que sean custodiados por la Institución, cuando esto no parezca estar de acuerdo con la aparente posición económica del cliente.

c) Petición de servicios de inversión, en moneda extranjera o valores con fondos de dudoso origen, o no consistente con la aparente posición económica del cliente.

4. Cuentas cifradas:



Además de dar cumplimiento a lo dispuesto por la Resolución JM-5180, se deberán observar las normas sobre identificación, conocimiento del cliente, referencias y manejo de estas cuentas.

5. Cajillas de seguridad:

Además de velar por el cumplimiento de las disposiciones del Reglamento respectivo, aprobado por Resolución JM-2061, se deberán tomar precauciones en relación a las peticiones para obtener, cajillas de seguridad y otros tipos de custodia ya que pueden ser usados como depósito de dinero, valores y otros bienes mal habidos.

Si estos servicios se brindan a personas que no tienen cuenta, deben ser seguidos los procedimientos de identificación delineados en estas normas.

6. Transferencias:

Cuando se presenten transferencias repetitivas o por valores altas, que provoquen dudas sobre su legitimidad, la Institución solicitará a la transferente la información que estime necesaria.

7. Transacciones de Comercio Exterior.

Las Instituciones deben vigilar que sean cumplidos los procedimientos internos relativos al manejo de las transacciones de comercio exterior, tales como.

a. Cartas de Crédito Documentarias de Importación:

Es recomendable que la emisión de sus cartas de crédito sea por cuenta de clientes / importadores bien conocidas, de los cuales se tenga información completa y actualizada, relativa a su tipo de actividad comercial, su domicilio y vínculos comerciales.

Especial cuidado debe prestarse al cliente que insista en pre-pagar su carta de crédito en efectivo, o bien con algún instrumento de origen dudoso.

b. Cartas de Crédito Documentarias de Exportación:

Es recomendable que en las cartas de crédito avisadas se conozca a su beneficiado, principalmente cuando el pago de sus documentos se haga a través de la Institución.

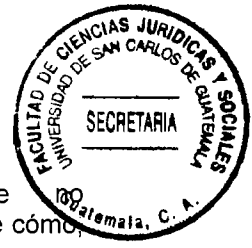
Es recomendable que las cartas de crédito que sean confirmadas, hayan sido emitidas a favor de clientes de la Institución, o en su defecto, a personas naturales o jurídicas bien conocidas en la plaza.

Especial cuidado debe tenerse con los beneficiados de cartas de crédito transferibles, con las cesiones de pago de las cartas de crédito y las cartas de crédito derivadas 'Back-to-Back' pues al ser sus, beneficiarios intermediarios, éstos estarán en capacidad de desviar, diversificar o disfrazar la operación.

La Institución debe asegurarse de observar todos los procedimientos de las facultades legales de quien imparta las instrucciones de transferencia o cesión.

Las cartas de crédito documentarias, pagaderas contra copias de documentos, sobre todo si no se requiere documento de transporte, deben ser atendidas con el mayor cuidado, principalmente la frecuencia de un mismo cliente beneficiado y la posibilidad de la recurrencia en la presentación de copias de los mismos documentos.

c. Cartas de Crédito Stand-By:



Por la diversidad de transacciones que suelen garantizar, aunque siempre de Comercio Exterior, deben ser bien estudiadas y estructuradas, principalmente cómo, cuándo y dónde sea ejecutable su pago.

d. Cartas de Crédito no Documentarlas:

O sea transferencias de fondos disfrazadas, también llamadas cartas de crédito, en las que su única condición sea la presentación de su beneficiario y su identificación a través de un documento como cédula o pasaporte, para poder cobrar, y que se hagan efectivas en el mostrador del Banco pagador, o sea que no se conozca su domicilio.

e. Cobranzas Documentarias de Importación:

Es recomendable que se conozca a la Institución remitente de la cobranza y/o que su girado sea cliente conocido de la Institución local. Si no fuese el caso, debe procederse con cuidado especial, por ejemplo, si los documentos recibidos son copias y si el girado insiste en pagar en efectivo o con otro instrumento de origen dudoso.

f. Cobranzas Documentarlas de Exportación:

La Institución debe tener el cuidado de manejar preferiblemente documentos de cobranzas de exportadores clientes conocidos.

g. Cobranzas no Documentarias. - Recibidas y enviadas:

La Institución debe tener cuidado en el manejo de estas operaciones que generalmente incluyen: cheques, órdenes de pago, cheques de caja, cheques de viajero, giros bancarios y otros.

Con relación a estos documentos es recomendable que el banco conozca su origen: emisores, giradores, girados, endosantes, beneficiarios y tenedores; y si es posible que los documentos puedan relacionarse como producto de transacciones de Comercio Exterior.

D. Orientación a los clientes:

La Institución debe crear conciencia entre sus clientes de la necesidad de mantener una actitud permanente y sistemática de prevención del uso indebido de los servicios financieros.

E. Identificación de actividades sospechosas de "lavado de dinero y de otros activos financieros":

Dado que los tipos de transacciones que pueden ser realizadas por un valor de dinero son casi ilimitados, es difícil definir una transacción sospechosa, Sin embargo, una transacción sospechosa usualmente será aquella que sea inconsistente con las actividades comerciales legítimas o actividades personales de un cliente, o con el negocio normal de ese tipo de cuenta.

Por lo tanto, el primer paso en el reconocimiento de dicha transacción sospechosa es saber lo suficiente acerca del negocio del cliente para reconocer el carácter inusual de una transacción o de una serie de transacciones.

Las operaciones que aparecen en la lista anexa a estas normas pueden indicar que se está llevando a cabo "lavado de dinero o de otros activos financieros". Esta lista no es exhaustiva, pero puede ayudar al personal de la Institución a reconocer fórmulas empleadas por los lavadores de dinero o de otros activos financieros.



El solo hecho de que una transacción aparezca en la lista no significa que involucre actividades ilícitas; sólo significa que la transacción merece ser examinada con mayor atención. Muchas de estas actividades son solamente sospechosas porque no son consistentes con la actividad o proceder normal del cliente, y después de un examen podría reconocerse que son el resultado de una actividad de negocios legítima. De igual manera, otras transacciones que no se han mencionado podrían ser sospechosas sino son consistentes con la actividad normal de un cliente en particular.

F. Capacitación del Personal:

1. Debe prestarse atención al entrenamiento continuo del personal en los procedimientos de la Institución para facilitar el reconocimiento del "lavado de dinero o de otros activos financieros", la aplicación de los procedimientos, y controles correspondientes.
2. Los miembros del personal que tiene que tratar directamente con el público son el primer punto de contacto con "lavadores" potenciales, por lo que sus esfuerzos son vitales para llevar a cabo las estrategias en su lucha contra el lavado. El entrenamiento debe ser dado en todas las áreas que podrían llevar a alguien a sospechar y sobre los procedimientos que han de ser adoptados cuando se estime que una transacción es sospechosa.
3. Independientemente de su nivel de antigüedad, se debe proveer a todos los empleados que han de tratar con clientes o con sus transacciones, de una apreciación general del trasfondo del "lavado de dinero y de otros activos financieros" y de la necesidad de reportar cualquier transacción sospechosa a la administración de la Institución.

Este Acuerdo Interbancario fue aprobado por la Asamblea General de la Asociación Bancaria de Guatemala el 7 de octubre de 1996 y entrará en vigencia en la misma fecha.

Anexo: Lista de "Operaciones sospechosas".

LISTA DE OPERACIONES SOSPECHOSAS ANEXA A "LAS NORMAS PARA LA PREVENCIÓN DEL USO INDEBIDO DE SERVICIOS BANCARIOS"

1. Operaciones que no son consistentes con el tipo de actividad del cliente:

- a. Depósitos de fondos que se hacen comúnmente en dinero en efectivo, en vez de cheques u otros instrumentos monetarios.
- b. Falta de retiro de fondos contra cheques depositados.
- c. Compra de gran cantidad de órdenes de pago, cheques u otros instrumentos negociables en gran cantidad, usando dinero en efectivo.
- d. Cuentas que tienen un gran volumen de depósitos en cheques, órdenes de pago, transferencias y otros instrumentos negociables, que no guardan relación con la naturaleza del negocio del cliente
- e. Cuentas que muestran frecuentes transacciones con montos elevados (depósitos, retiros, compra de instrumentos monetarios), que no guardan relación con el tipo de negocio.
- f. Cuentas que muestran frecuentes transacciones de dinero, para un negocio que generalmente no maneja grandes sumas en efectivo.
- g. Un sólo depósito de dinero en efectivo compuesto de muchos billetes nacionales o extranjeros, de baja denominación.
- h. Cambio frecuente de billetes de baja denominación por billetes de alta denominación y viceversa.
- i. Cambios repentinos e inconsistentes en las transacciones y formas de manejo del dinero.



- j. Cuentas de las cuales se envían y reciben transferencias cablegráficas sin aparente razón comercial ni consistencia con el historial de negocios del cliente
- k. Cuenta en que se reciben muchas transferencias pequeñas de dinero, o depósitos de cheques y órdenes de pago, e inmediatamente se transfieren
- l. casi todos los fondos a otra ciudad o país, cuando la actividad no es consistente con el historial o negocio del cliente.

2. Operaciones con características marcadamente poco usuales.

- a. Cuentas de clientes cuyas direcciones están fuera del área de servicio de la Institución.
- b. Préstamos que tienen como colaterales certificados de depósitos u otros instrumentos.
- c. Clientes que a menudo visitan el área de las cajitas de seguridad inmediatamente antes de hacer un depósito de dinero en efectivo.
- d. Cuentas o clientes que depositan frecuentemente grandes sumas de dinero en efectivo envueltas en bandas de papel de otras Instituciones Bancarias.
- e. Clientes que compran cheques de caja, órdenes de pago, etc., con grandes sumas de dinero en efectivo.
- f. Cuentas comerciales, fiduciarias, "escrow" etc., que muestran depósitos sustanciales de dinero en efectivo.
- g. Cuentas abiertas a nombre de casas de cambio en que se reciben transferencias cablegráficas y/o depósitos estructurados. Se entenderá por depósitos estructurados, varias órdenes de pago en una misma transferencia.
- h. Clientes que, sin razón aparente, compran cheques de caja, órdenes de pago o cheques de viajero en grandes cantidades.

3. Transferencia de fondos con las siguientes características:

- a. Depósito de fondos en varias cuentas, que son luego consolidados en una cuenta clave y transferidos fuera del país.
- b. Instrucciones a la Institución para transferir fondos dependiendo de que la misma cantidad le sea transferida de otras fuentes.

4. Información insuficiente o sospechosa.

- a. Sociedades que se abstienen de proporcionar información completa sobre el propósito del negocio, relaciones bancarias previas, ubicación, o nombres de Gerentes y Funcionarios.
- b. Personas que solicitan abrir una cuenta sin referencias, dirección local, ni identificación (cédula de vecindad, pasaporte), ni otros documentos apropiados, o quienes rehúsan proporcionar cualquier otra información que la Institución requiere para abrir una cuenta.
- c. Personas que presentan documentos de identificación extraños y sospechosos, que la Institución no puede verificar con prontitud.



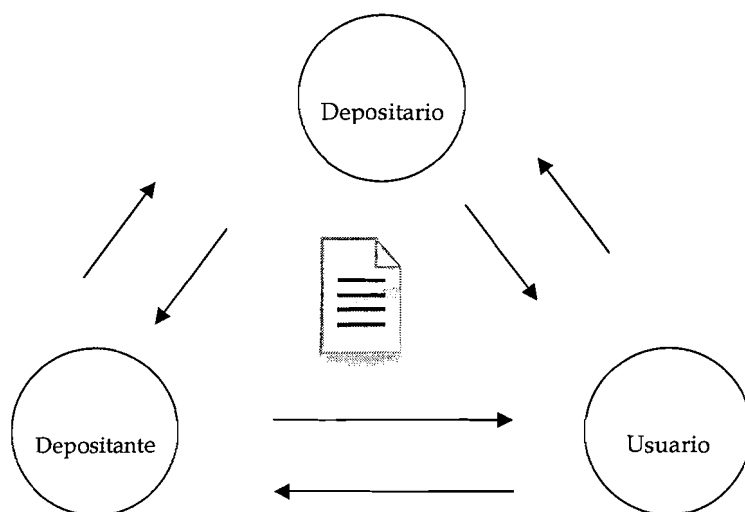


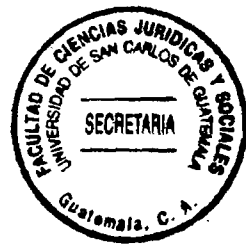
ILUSTRACIONES:



Ilustración 1

Gráfica de los sujetos que intervienen en el contrato de escrow







BIBLIOGRAFÍA

- ANTEQUERA, Ricardo, **Derecho de autor, Tomo I**, 2ª edición, Venezuela, Editorial Venezolana C. A., 1998.
- ALESSANDRI, Arturo, **Estudios de derecho y propiedad intelectual**, 1ª edición, Editorial Jurídica, Chile, 2009.
- BARRIOS, Omar Ricardo. **Derecho e informática, Aspectos fundamentales**, 3ª edición, Guatemala, Ediciones Mayte, 2006.
- BARRON'S, **Dictionary of legal terms**, 3a. edición, Estados Unidos de Norte América, (s.e.), 1998
- BORDA, Guillermo A., **Tratado de derecho civil, obligaciones II**, 4a edición, Buenos Aires, Argentina, Ediciones Perrot, 1976.
- CABANELLAS, Guillermo, **Diccionario enciclopédico de derecho usual, Tomos del I al VIII**, 28ª edición, Buenos Aires, Argentina, Editorial Heliasta S. R. L., 2003.
- CANO, José Ramón con la colaboración de Antonio Jorge Serra Mallol, **Manual práctico de contratación mercantil**, 2ª edición, Madrid, España, Editorial Tecnos S. A, (s.f.).
- CONTRERAS, Rubén Alberto. **Obligaciones y negocios jurídicos civiles (parte general)**, 1ª edición, Guatemala, Editorial Serviprensa, S.A, 2004.
- CORREA, Gabriel, **De los principales contratos mercantiles**, 2ª edición, Colombia, Editorial Temis, 1991.
- COUTURE, Eduardo J, **Fundamentos del derecho civil**, (s.E.), Buenos Aires Argentina, Ediciones de Palma, 1977.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico, **El negocio jurídico**, (s. E.), Madrid, España, Editorial Civitas, S. A., 1985.



ELVIA, Verónica, **El contrato de escrow o depósito de código fuente en derecho positivo argentino**, (s.E), Rosario, Argentina, Diario de doctrina y jurisprudencia **El derecho**, 2007.

GUERRIERO, Gabriela, **El Escrow de código fuente: herramienta de Protección de los derechos de propiedad**, 2007, <http://www.aadat.org/autor%20escrow.htm> (5 de enero de 2010).

LÓPEZ, Alejandro, **Código fuente**, 2008, <http://www.lawebdelprogramador.com/código> (21 de enero de 2010).

LLANEZA, Paloma, **E-contratos**, (s.E.), Madrid, España, Editorial Bosch, S.A., 2004.

MUÑOZ, Nery Roberto, **Introducción al estudio del derecho notarial**, 11ª edición, Guatemala, Infoconsult Editores, 2006.

NICOLIELLO, Nelson, **Diccionario del Latín Jurídico**, Reimpresión 2004, Buenos Aires, Argentina, Editorial de Montevideo y Buenos Aires

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, **¿Qué es la propiedad intelectual?**, 2009, <http://www.wipo.int/about-ip/es/>, (15 de enero de 2000).

PAZ, Roberto, **Negocio jurídico mercantil, II parte, teoría elemental del derecho mercantil guatemalteco**, 1ª edición, Guatemala, (s.e.), 2000.

PORTALEY, Abogados, **Contrato de escrow o depósito de fuente**, 2000, <http://www.delitosinformaticos.com/contratoescrow.shtml>, (13 de enero de 2010).

PRENAFETA, Javier, **Sobre el contrato de escrow: naturaleza jurídica y algunos problemas**, 2002, <http://www.noticiasjuridicas.com/articulos/20-Derecho%20informatico/200203-2275122023780.html>. (15 de febrero de 2010).

PUENTE Arturo y Octavio Calvo, **Derecho mercantil**, 8ª edición, México, Editorial Banca y Comercio, 1958.



RAMIREZ, Mauricio, **El contrato de escrow, la propiedad intelectual y nuestra comisión de confianza**, 2006, <http://www.uned.cr/redti/cuarta/art6.pdf>, (28 de abril de 2010)

Real Academia Española, **Diccionario de la lengua española, Tomo I y II**, 21ª edición, Madrid, España, Editorial Espasa Calpe, S. A., 1992.

Registro de la Propiedad Industrial de Guatemala, **Derecho de autor**, 2005, <http://www.rpi.gob.gt>, (16 de enero de 2010).

RIBAS, Xavier, **Opiniones personales sobre los aspectos jurídicos de la tecnología de la información**, resúmenes de fechas 15, 26 y 27 de abril de 2004, http://www.xribas.typepad.com/xavier_ribas/escrow/, (22 de febrero de 2010).

SHAUL, Sutton, **Programa de aprendizaje del shuljan aruj del shelmá Israel**, 2004, <http://www.shuljanaruj.com>. (17 de febrero de 2010).

VERGARA, Kevin, **Software de aplicación: definición, concepto y ejemplos**, 2007, <http://www.bloginformatico.com/software-de-aplicación.php>, (21 de enero de 2010).

VILLEGAS, Rene Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco, Tomo I**, 3ª Edición, Guatemala. Editorial Universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala, 2004.

VILLEGAS, Rene Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco, Tomo III**, 3ª Edición, Guatemala. Editorial Universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala, 2004.

VITERI, Ernesto R., **Los contratos en el derecho civil guatemalteco (parte especial)**, 2ª edición, Guatemala, Editorial Serviprensa, S. A., 2005.

WALES Jimy y Larry Sanger, **La enciclopedia libre**, 2001, <http://www.wikipedia.org>, (21 de enero de 2010)



WORD NET & Princeton University, con la colaboración de Marco Baroni y Erica Zanchetta, **Diccionarios de español, inglés, portugués y francés**, 2009, <http://www.wordreference.com> , (15 de enero de 2010).

Legislación:

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

Ley del Organismo Judicial, Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 2-89, 1989.

Código Civil, Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 106, 1964.

Código Procesal Civil y Mercantil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe del Congreso de la República de Guatemala, Decreto Ley 107, 1964.

Código de Comercio de Guatemala, Congreso de la República de Guatemala, Decreto 2-70, 1970.

Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos, Congreso de la República de Guatemala, Decreto 33-98, 1998.

Ley de Propiedad Industrial, Congreso de la República de Guatemala, Decreto 57-2000.