



**LAS CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE NUBE MERCANTIL PARA EL
ALMACENAMIENTO DE DATOS.**

**DOLLY ANDREA LUGO CORTÉS.
JOSÉ MANUEL CONTRERAS MARTÍNEZ.
ESTUDIANTES**

**CAMILO GÓMEZ.
DOCENTE**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO COMERCIAL.
BOGOTÁ.
2019.**



**LAS CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE NUBE MERCANTIL PARA EL
ALMACENAMIENTO DE DATOS.**

**DOLLY ANDREA LUGO CORTÉS.
JOSÉ MANUEL CONTRERAS MARTÍNEZ.
ESTUDIANTES**

**TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR PR EL TÍTULO:
ESPECIALISTAS EN DERECHO COMERCIAL.**

**CAMILO GÓMEZ.
DOCENTE**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO COMERCIAL.
BOGOTÁ.
2019.**

Nota de Advertencia. “La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.	9
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.	10
2. MARCO TEÓRICO.	11
3. CONCEPTO DE CONTRATO DE ALMACENAMIENTO DE DATOS.	12
5. FUNCIÓN ECONÓMICA.	13
6. OBJETO DEL CONTRATO.	14
7. CARACTERÍSTICAS GENERALES.	16
7.1. CONTRATO BILATERAL	16
7.2 CONTRATO ONEROSO	17
7.3 CONTRATO CONMUTATIVO	17
7.4 CONTRATO CONSENSUAL	17
7.5 ES UN CONTRATO INNOMINADO O ATÍPICO	19
8. PARTES	19
9. OBLIGACIONES DE LAS PARTES.	20
10. LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES.	20
10.SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.	21
11.CONCLUSIONES	22
12. BIBLIOGRAFÍA.	23

INTRODUCCIÓN.

“La nueva fuente de poder no es el dinero en manos de pocos sino la información en manos de muchos”.

John Naisbitt.

En un mundo globalizado, el constante avance de la ciencia trae consigo innumerables servicios y tendencias de los cuales el ser humano se beneficia, sin embargo, es de entenderse que cada resurgir tecnológico tiene como objetivo primigenio satisfacer necesidades, las cuales se van renovando y transformando conforme va avanzando la construcción del saber.

El contrato de nube mercantil brinda la posibilidad de formalizar los pactos y/o convenios que pretenden salvaguardar fuentes, bases o información, recurso invaluable que hoy ha adquirido preponderancia sobre otros bienes, tanto para personas naturales como personas jurídicas.

Mediante la legalización de la relación contractual, las partes involucradas garantizan, no solamente una compensación económica o protección de la información, sino que también adquieren confianza, la cual no es semejante al grado que se maneja en otro tipo contractual, sino un grado superior, toda vez que, al ser la información (objeto principal de este contrato) un bien de difícil valoración económica hace que se torne para algunas empresas, establecimientos comerciales, agentes, etc. como invaluable.

Por lo anterior, el contrato de nube mercantil es una opción ideal para quienes buscan salvaguardar, proteger, ampliar, optimizar su información o la de terceros, por medio de un banco de datos (nube), y a cambio de una contraprestación económica, con lo cual se garantiza la protección de la información sin límite de capacidad y con seguridad en su cuidado y manejo, a un precio y condiciones razonables que las partes pactan en ejercicio de la autonomía de la voluntad.

De tal forma, realizar una investigación sobre este tipo de contratos, constituye un asidero para posteriores estudios. Toda vez que, se han desarrollado aproximaciones sobre los riesgos relacionados con el almacenamiento de nube desde los avances de la tecnología, pero no un análisis detallado de cada una de las cláusulas del contrato desde un enfoque jurídico, en el que se especifique el concepto de datos y contrato, su etimología histórica, la función económica, los elementos esenciales, la identificación de las partes, las cláusulas indispensables para la protección de la información y la solución de controversias.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

La tecnología avanza creando diferentes dinámicas comerciales para satisfacer necesidades, pero no siempre el derecho se ajusta a las nuevas invenciones, reflejo de esto, es la ausencia de normatividad y el desconocimiento frente a cualquier controversia jurídica relacionada con la virtualidad. Igualmente, estos avances permiten que existan diferentes medios para almacenar un conjunto de datos procesados de gran relevancia para el comerciante, como es el caso de la nube, de los cuales es necesario realizar un contrato con cláusulas que salvaguarden la información de las partes.

Así, con base en lo analizado anteriormente surge la siguiente pregunta de investigación:

¿Cuáles son las características de un contrato mercantil para el almacenamiento de datos?

Se plantea el anterior interrogante, en el entendido que este tema resulta relevante para los comerciantes, quienes con el paso del tiempo han empezado a emplear diferentes herramientas para crear nuevos contratos que involucran la virtualidad, con el fin de reducir gastos y generar utilidades en un menor tiempo, desde dispositivos como ordenadores, relojes inteligentes, *smartphones*, *tablets* entre otros, mediante los cuales se tiene acceso a la nube y se almacena un gran volumen de información que representa poder, ganancia económica y nuevos negocios.

2. MARCO TEÓRICO.

Para desarrollar el problema planteado, se realizó un análisis de los artículos de la Constitución Política de Colombia de 1991, relacionados con la protección de la información y la empresa.

Igualmente, se hizo un estudio de la siguiente normatividad:

Decreto 1727 de 2009: Por el cual se determina la forma en la cual los operadores de los Bancos de Datos de Información Financiera, Crediticia, Comercial, de Servicios y la proveniente de terceros países, deben presentar la información de los titulares de la información.

Ley Estatutaria 1266 de 2008: Por la cual se dictan las disposiciones generales de hábeas data y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones.

Ley 1581 de 2012: Por la cual se dictan disposiciones generales para la Protección de Datos Personales.

Además, se analizaron las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia relacionadas con la protección de datos personales:

SENTENCIAS

Sentencia C - 748 de 2011, Control Constitucional al Proyecto de Ley Estatutaria No. 184 de 2010 Senado; 046 de 2010 Cámara, "Por la cual se dictan disposiciones generales para la Protección de Datos Personales".

Sentencia C-1011 de 2008, Proyecto de Ley Estatutaria de Hábeas Data y Manejo de Información contenida en Bases de Datos Personales.

Así mismo, se tuvo en cuenta la doctrina de algunos autores para definir el tipo de contrato, las partes, las obligaciones, etc.

Cabe resaltar que una de las características principales contrato de nube mercantil es su ausencia de tipicidad; noción que en el plano contractual y en palabras del doctor Jaime Arrubla "...Es el mecanismo jurídico que recoge una conducta determinada, la ordena y diversifica de acuerdo con unos elementos y datos que se predicán sobre estos y dota, al conjunto así formado, de una regulación especial y unitaria aunque no suficiente..." y agrega "...la tipicidad contractual se define como la recepción y regulación de una serie de supuestos de hecho concretos, por un ordenamiento jurídico determinado...".¹

¹ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos mercantiles. Contratos atípicos. Legis Editores S.A, 2012, páginas 6 y 7.

También, se hizo un análisis internacional sobre el tratamiento de los datos en otros lugares, verbigracia la Unión Europea, a través de la búsqueda de artículos de revista sobre los contratos mercantiles y la información, con el fin de tener un referente para los actos jurídicos que se ejecuten en Colombia.

A partir del estudio de estas fuentes, se realizaron posiciones de cada situación jurídica:

Del contrato de nube mercantil, pueden beneficiarse personas naturales y personas jurídicas, sin embargo, se cree que esta estipulación contractual se ajusta más a las necesidades de una persona jurídica por el volumen de información que se pretende proteger, no obstante, lo anteriormente dicho no resulta ser un obstáculo para que personas naturales comerciantes puedan celebrar este contrato y obtener las ventajas del mismo, siempre y cuando reúnan los requisitos establecidos en el artículo 1502 del código civil (capacidad, consentimiento, objeto y causa lícitos), por remisión directa del artículo 822 del Código de Comercio.

3. CONCEPTO DE CONTRATO DE ALMACENAMIENTO DE DATOS.

De acuerdo con el doctor en Derecho Rafael Hidalgo Romero el denominado contrato de almacenamiento de datos es un alojamiento electrónico que presta un sujeto -prestador de servicios de intermediación de la sociedad de la información- (en lo sucesivo, el Operador), al destinatario del servicio (en lo sucesivo, el Cliente), alcanzando también una serie de servicios de carácter accesorio o complementario como: la conexión a Internet, la creación y desarrollo de un sitio web, el servicio de recuperación de datos, la seguridad de un data center, el asesoramiento y la asistencia técnica, capacitaciones al personal de la empresa que utiliza los servicios o cualesquiera otros servicios de intermediación de la sociedad de la información².

4. ETIMOLOGÍA HISTÓRICA

El profesor John McCarthy, en el año 1961, presentó el concepto de la computación en la nube o almacenamiento de datos en la nube como un servicio, al igual que la electricidad, el agua, gas y otros, pero en ese momento, la tecnología no permitía que este concepto fuera ampliamente adoptado y desapareció por un tiempo³.

² HIDALGO ROMERO, Rafael. Contrato de hosting o almacenamiento electrónico de datos: consideraciones contractuales prácticas, junio de 2009. Disponible en <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/hosting-almacenamiento-contractuales-65190961>

³ MACHADO, Jesús. Blogs Computación en la nube: Conceptos y recomendaciones, marzo 4 de 2015.[en línea] Disponible en <<https://blogs.vmware.com/latam/2015/03/computacion-en-la-nube-conceptos-y-recomendaciones.html>>[citado por 24 de abril de 2017]. Citado por BRICEÑO FIGUEROA, GLORIA AMPARO, LUGO CORTÉS, DOLLY ANDREA. Tipos de conflictos jurídicos de habeas data en los contratos de almacenamiento de nube bancaria “Cloud Banking” en Colombia, en el que Google sea proveedor y su resolución a través del arbitraje en derecho, Pág. 18

Hasta en la década de los noventa, sólo las empresas de telecomunicaciones ofrecían redes privadas virtuales. Así, uno de los pioneros, en 1999 fue Salesforce.com, con el concepto de entrega de aplicaciones empresariales a través de una página web, aunque en el 2002, Amazon lanzó Amazon Web Service y en el 2006 se lanzó Google Docs, con el concepto al público de cloud computing⁴.

Posteriormente, hasta el 2009, Microsoft incursiona lanzando una colección de servicios integrados en la nube y en el 2011 *Apple* lanzó su servicio *Cloud* para cambiar la forma de usar los computadores, fomentando el lanzamiento de productos de almacenamiento de la información en la nube para cualquier empresa⁵.

De tal forma, varias entidades empezaron a innovar con este servicio, generando mayor credibilidad en su cliente ante las facilidades que le ofrece la tecnología en todo momento y desde cualquier lugar.

5. FUNCIÓN ECONÓMICA

Uno de los medios más eficaces que puede utilizar el empresario actual para, salvaguardar, proteger, administrar y/o resguardar su intangible más valioso (la información), es el contrato de nube mercantil o de almacenamiento de datos. A través de éste se invita a personas determinadas e indeterminadas, público en general, que en ejercicio de su autonomía de la voluntad y libre decisión, adopten un contrato atípico en sus características, estipulaciones y cláusulas, para que, por un precio que se estipula de manera consensual, un prestador del servicio de nube adopte medidas de seguridad y fácil acceso para que el contratante (regularmente comerciantes, sociedades comerciales, intermediarios, bancos, fiduciarias, empresas en general, etc...), haga uso de su información de manera segura sin exposición a sus competidores.

De tal suerte que esta figura contractual generará rentabilidad para las partes contratadas, así:

Para el prestador del servicio de nube representa un ingreso por un plazo que por la naturaleza del contrato será prolongado, ya que el empresario, necesitado del servicio de nube no puede exponer su información, celebrando periódicamente contratos de esta índole, por lo que se ve obligado no sólo a proteger su información sino también a confiar en su entidad contratada, con esto la empresa proveedora

⁴ Computación en la Nube. Guatemala, 2012. [en línea] Disponible en <http://todosobrelanube.blogspot.com.co/p/historia.html> [citado el 24 de abril de 2017]. Citado por BRICEÑO FIGUEROA, GLORIA AMPARO, LUGO CORTÉS, DOLLY ANDREA. Tipos de conflictos jurídicos de habeas data en los contratos de almacenamiento de nube bancaria "Cloud Banking" en Colombia, en el que Google sea proveedor y su resolución a través del arbitraje en derecho, Pág. 18

⁵Ibidem.

garantiza no solo una percepción económica sino una expectativa sobre futuras prestaciones con su contratante.

Para el comerciante y/o empresario a pesar de que al adquirir un servicio de protección de información como el que se pretende, por intermedio del contrato de nube mercantil puede considerarse un gasto, su eficacia y rentabilidad se verán reflejadas por medio de la protección de su información, ya que al evitar fugas de la misma a sus competidores, el empresario que obra con diligencia y tacto al hacer uso de esta novedosa figura contractual, no se verá jamás sorprendido por su competidor, pues con esto logrará no solo proteger su información, sino que podrá actuar con tranquilidad en su quehacer negocial, haciendo que su patrimonio aumente.

6. OBJETO DEL CONTRATO.

Con fundamento en el artículo 1502 del Código Civil, se afirma que los elementos que deben estar presentes en todo contrato, sea cual sea sus características son: capacidad, consentimiento, causa lícita y objeto lícito.

Lo anterior para poder significar que el contrato que se pretende desarrollar, no adolece de ilegalidad, toda vez que este contrato, no contraría ninguna disposición vigente del Código Penal, esto en relación con las personas naturales.

En lo que concierne a personas jurídicas, para este contrato resulta perfectamente viable que, un consorcio o unión temporal, una empresa o una sociedad comercial puedan ser parte dentro del contrato de nube mercantil, lo que indica que su régimen de responsabilidad no se circunscribe al ámbito del derecho penal, ya que este es propio de las personas naturales.

Respecto al objeto lícito en las sociedades comerciales el doctor Lisandro Peña Nossa afirma:

“... al tenor del artículo 104, inciso 3 del Código de Comercio: habrá objeto ilícito, cuando las prestaciones a que se obliguen los asociados o la empresa, o la actividad social, sean contrarias a la ley o al orden público.”

En tal sentido, si bien la norma no nos presenta una definición de objeto lícito si establece tres eventualidades en las que es posible determinar la licitud del objeto.

La primera eventualidad hace referencia a que las prestaciones a las que se obliguen los asociados con la sociedad deben ser lícitas, es decir, tanto los aportes que se hagan a la sociedad como las obligaciones adquiridas por virtud del contrato social deben ser acordes con la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres, so pena de nulidad, por ejemplo, si el bien que se aportará es de los

que se encuentran fuera del comercio, el contrato de sociedad tendrá objeto ilícito y dará lugar a su nulidad.

El segundo caso se prevé cuando el objeto ilícito provenga de las prestaciones a las que se obliga directamente la sociedad.

Y el tercero, hace referencia concretamente a la actividad desarrollada por la sociedad. En tal sentido, la ilicitud del objeto tendrá lugar cuando en su objeto social se contemplen operaciones prohibidas por la ley o reservadas para el Estado...⁶

Por lo anterior, se colige que en el contrato de almacenamiento de datos se evidencia un objeto lícito, ante las prestaciones de asesorar, implementar y gestionar servicios en la nube, salvaguardando los datos sin vulnerar la privacidad, integridad y reserva de los titulares de la información, unas obligaciones que no alteran el orden público, la moral y las buenas costumbres.

Además, Hildebrando Leal Pérez de manera suscita y pedagógica explica:

“...El objeto es lo que debe la parte que se obliga. Para descubrir el objeto en un contrato hay que formularse la pregunta: ¿qué se debe? La respuesta determinará el objeto: prestación, hecho o abstención del obligado.

Esta definición muestra que no es absolutamente exacto hablar de objeto del contrato. En verdad, no es el contrato el que tiene un objeto; es la obligación producida por el contrato. Para ser preciso, habría que decir: objeto de la obligación nacida del contrato. Se dice objeto del contrato por elipsis. Esto explica que la ley diga a veces objeto del contrato y a veces objeto de la obligación.

Si el contrato produce varias obligaciones, puede haber tantos objetos distintos como obligaciones. Así ocurre, en los contratos sinalagmáticos, en que cada una de las obligaciones recíprocas, tiene un objeto distinto. Una venta tiene dos objetos: la transmisión de la propiedad de la cosa vendida y el pago del precio, pues la venta es un contrato por medio del cual una parte se obliga a transmitir a la otra la propiedad de una cosa mediante un precio.

Cuando el objeto consiste en la entrega de una cosa, esta se confunde con el objeto.

El objeto debe reunir cuatro características: debe ser útil, determinado, posible y lícito...⁷.

Del contrato de almacenamiento de datos en la nube mercantil surgen obligaciones para ambas partes, por un lado el comerciante - empresario tiene la obligación de pagar por la prestación del servicio de nube, bien sea en una sola cuota o por

⁶ PEÑA NOSSA Lisandro. Las Sociedades Comerciales. Quinta edición. ECOE Ediciones- Universidad del Sinú. Capítulo V, página 59.

⁷ LEAL PÉREZ, Hildebrando. Manual de contratos, parte general y especial. Editorial Leyer, páginas 122 y 123, 2014.

instalamentos; y por otra la el prestador del servicio de nube, quien deberá proteger y/o salvaguardar la información, reflejándose la utilidad de proteger un bien intangible, un derecho fundamental que representa un gran precio en el mercado.

7. CARACTERÍSTICAS GENERALES.

El contrato de nube Mercantil al igual que todos los contratos, debe reunir unas características que lo diferencian en su estructura y esencia de otras figuras contractuales, no obstante, este contrato no es de tipo excluyente, es decir, permite complementarse con caracterizaciones de otro tipo de contratos sin perder su esencia.

A continuación, de manera detallada serán esbozadas las características del contrato de nube mercantil:

7.1. CONTRATO BILATERAL

Un contrato es bilateral cuando las partes del mismo se obligan de manera recíproca, el doctor Hildebrando Leal Pérez refiriéndose a los contratos bilaterales señaló:

“... Los contratos bilaterales, sinalagmáticos o con prestaciones recíprocas, son aquellos en los que cada contratante se obliga para con su contraparte a ejecutar el objeto debido con el fin de satisfacer su interés en razón de su prestación, es decir que en tales negocios jurídicos las prestaciones de las partes son independientes, razón por la cual el incumplimiento de una de ellas habilita a la otra para impetrar la acción resolutoria...⁸”.

Así mismo, la Corte Suprema de Justicia ha señalado:” *los contratos bilaterales tienen en nuestra legislación un estatuto especial tendiente a conservar la simetría exigida por la reciprocidad o correlación de las obligaciones surgidas de la convención bilateral⁹.*

De tal forma, en el contrato de nube mercantil las partes se obligan de manera recíproca, y esperan a través de este vínculo contractual satisfacer necesidades de orden económico: Por una parte *el comerciante - empresario* protege la información que posee e indispensable para el desarrollo de su actividad comercial u objeto

⁸ Ibidem, páginas 78 y 79.

⁹ COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil. Sentencia del 26 de agosto de 2001. Exp 05001-3103-2002-0007-01

social, y por otro lado se encuentra el prestador del servicio de nube quien tiene la obligación de recibir la información y poner en funcionamiento de almacenamiento de datos, para así salvaguardar la información a cambio de una contraprestación de contenido económico.

7.2 CONTRATO ONEROSO

El contrato es oneroso cuando reporta utilidades para las partes contratantes, es decir, se actúa con ánimo de lucro y no de beneficencia o caridad. Característica que se decanta en razón al interés perseguido por los contratantes, por un lado, la protección de información que a veces suele ser invaluable y por otro la contraprestación económica debida.

Es importante diferenciar la gratuidad de la onerosidad en el contrato, ya que únicamente los contratos onerosos son de naturaleza mercantil.

7.3 CONTRATO CONMUTATIVO

De conformidad con el artículo 1498 del Código Civil Colombiano El contrato oneroso es conmutativo, “cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio”¹⁰.

La certidumbre juega es un elemento importante dentro de esta característica. Empero, en el contrato de nube mercantil las partes conocen de antemano sus obligaciones y contraprestaciones, por lo que no existe asomo de aleatoriedad en la ejecución del contrato.

7.4 CONTRATO CONSENSUAL

Según el Código de Comercio, en el artículo 824:

*Los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco. Cuando una norma legal exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, este no se formará mientras no se llene tal solemnidad*¹¹.

¹⁰ COLOMBIA. Ley 57 de 1887. Código Civil, artículo 1498. [en línea] Disponible en <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=39535>>, [citado el 30 de septiembre de 2018].

¹¹ COLOMBIA. Decreto 410 de 1971, (marzo 27 de 1971), por medio del cual se expide el Código de Comercio. Disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=41102>, artículo 824.

Conforme a lo expresado en el artículo anteriormente esbozado y teniendo en cuenta la atipicidad del contrato de nube mercantil, es importante resaltar que el legislador no estableció solemnidad alguna para el perfeccionamiento de ese tipo contractual, por lo que está sujeto a la voluntad de los contratantes establecer de consuno, forma, solemnidad, plazo, etc.

Respecto al perfeccionamiento del contrato de manera consensual la doctrina ha sostenido:

“... contrato consensual, el que se perfecciona por el mero consentimiento de las partes, en el sentido jurídico de que a partir de entonces las obligaciones son exigibles y los derechos ejercitables, y cualquier actitud en contrario entraña incumplimiento. Y agrega; estos contratos, pues quedan concluidos - distinto de su ejecución práctica - desde el instante en que las partes manifiestan su recíproca conformidad sobre las prestaciones de cada uno”¹².

El doctor Jaime Alberto Arrubla Paucar, fue más allá interrelacionando la consensualidad con el principio de libertad de forma y el principio de la Autonomía de la voluntad:

“...Este precepto (art.824 C. de Co.) contiene el llamado principio de la consensualidad, según el cual, el mero consentimiento obliga. Según esta forma, el género en la formación en los actos mercantiles es la consensualidad, solamente la ley (solemnidad legal) o la voluntad de las partes (solemnidad convencional) disponen que determinado acto no resulte perfecto hasta el cumplimiento de una solemnidad, habrá lugar a cumplirla, so pena de sancionar el negocio con inexistencia.

Se repite en el campo mercantil el mismo principio conocido en el civil como “libertad de forma”. Este principio es uno de aquellos que podríamos denominar como “generales” del derecho civil y que además es consecuencia de trascendental importancia, como es el principio de la autonomía de la voluntad¹³.

Sin perjuicio del principio de la consensualidad, lo más recomendable es adoptar un documento privado mediante el cual se estipulan de manera clara e inequívoca las obligaciones derechos y prestaciones a que tienen derecho las partes, con el objeto

¹² LEAL PÉREZ, Hildebrando. Manual de contratos, parte general y especial. Editorial Leyer, páginas 82 Y 83.

¹³ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos mercantiles. Tomo 1. Biblioteca jurídica 2003.

de evitar controversias entre los contratantes y contar con un medio de prueba de las condiciones acordadas.

7.5 ES UN CONTRATO INNOMINADO O ATÍPICO

El contrato de nube mercantil, es atípico en razón de su novedad, ya que no está regulado por el legislador en ninguna de las disposiciones del Código de Comercio y/o Código Civil, por lo que sus estipulaciones están sujetas al principio de la autonomía de la voluntad, cuyos límites son la ley y las buenas costumbres.

Además, es innominado toda vez que, el contrato de nube no se encuentra de manera taxativa en ninguna disposición legal.

8. PARTES

Las partes involucradas en este tipo de contratos atípicos son las siguientes:

El proveedor de la nube: Generalmente es una empresa con amplia trayectoria en el mercado, que posee la última tecnología para ofrecer mejores servicios a sus clientes, verbigracia: *Amazon, Google, Apple, Microsoft*.

Dentro estas empresas también se encuentran las redes sociales, que almacenan millones de datos de usuarios de diferentes países, por ejemplo: Facebook, Instagram, pero cuyo objeto social no tiene el alcance de almacenar solamente datos.

El comerciante, las empresas públicas o privadas: Los comerciantes y las organizaciones diariamente están manejando información de su personal, clientes, negocios, razón por la cual necesitan un servicio tecnológico que les permita varios datos de manera segura.

Empresas proveedoras de Internet: No siempre las empresas proveedoras de nube prestan el servicio de internet, así que, a través de un tercero se logra esta conexión esencial para el funcionamiento de la computación.

Empresas encargadas de migrar y analizar la información: Empresas que no son proveedoras pero que mantienen la pericia de migrar la información de un proveedor a otro, separarla y analizar sobre la veracidad de los datos almacenados.

La persona natural, usuario: Puede ser el trabajador de la empresa quien utiliza el correo corporativo, el cliente, la persona quien hace parte de algún negocio y quien puede resultar afectado indirectamente, ante el mal uso de la información.

9. OBLIGACIONES DE LAS PARTES.

En lo referente a la protección de datos, el proveedor del servicio debe cumplir con las obligaciones descritas en el artículo 18 de la Ley 1581 de 2012: Garantizar en todo tiempo, el pleno y efectivo ejercicio del derecho a la información, conservar los datos bajo medidas de seguridad, actualizar, rectificar o suprimir constantemente los datos, tramitar los reclamos de los titulares de la información, abstenerse de circular información que esté siendo controvertida y avisar a la Superintendencia de Industria y Comercio cuando existen riesgos en la administración de la información¹⁴

Los usuarios del servicio, además de realizar el pago deben propender por el uso de diferentes medidas de seguridad, como el uso de contraseñas diferentes, difíciles, cláusulas de confidencialidad, plan de recompensas, uso de reglamentos y procedimientos de seguridad y evitar acceder a la nube desde cualquier computador o celular.

10. LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES.

Las empresas proveedoras de nube en uso de su posición dominante en el mercado, emplean las siguientes cláusulas adhesivas:

- *Usted acepta ser el único responsable de los contenidos de sus transmisiones a través de los servicios.*
- *Usted acepta no utilizar los servicios para fines ilegales o para la transmisión de material ilegal, difamatorio, calumnioso, invasivo de la privacidad, abusivo, amenazante, perjudicial, vulgar, pornográfico, obsceno, o que sea objetable, ofenda sentimientos religiosos, promueva el racismo, que contenga virus, o que infrinja o pueda infringir la propiedad intelectual u otros derechos de terceros.*
- *Usted se compromete a no utilizar los servicios para la transmisión de “correo basura”, “spam”, “cartas en cadena”, “phishing” o la distribución en masa de correo electrónico no solicitado. Nos reservamos el derecho de suspender el acceso a los servicios si hay motivos razonables para creer que ha utilizado los servicios para cualquier actividad ilegal o no autorizada¹⁵.*

¹⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley Estatutaria 1581 de 2012 (octubre 17 de 2012) por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales, Diario Oficial. Bogotá, D.C., 2012, art 18

¹⁵ RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Computación en la nube. Revista la propiedad inmaterial, ISSN 1657- 1959, n. 17, [en línea] 2013. Disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4775097>, [citado el 15 de abril de 2017], pág. 236. Citado por BRICEÑO FIGUEROA, GLORIA AMPARO, LUGO CORTÉS, DOLLY ANDREA. Tipos de conflictos jurídicos de habeas data en los contratos de almacenamiento de nube bancaria “Cloud Banking” en Colombia, en el que Google sea proveedor y su resolución a través del arbitraje en derecho, Pág. 43

También frente al control de datos existen cláusulas que sólo disponen:

- *El cliente es el único responsable de sus aplicaciones, proyectos y datos de clientes y de asegurarse de que sus aplicaciones, proyectos y datos de los clientes cumplir con la política de uso aceptable.*
- El proveedor no es responsable por la eliminación de o falta de almacenamiento de datos de clientes y otras comunicaciones mantenidas o transmitida a través uso de los servicios. el cliente es el único responsable de fijación y copia de seguridad de sus datos de la aplicación, proyecto y cliente¹⁶.

Desde estas disposiciones, se entiende que en estos contratos es necesario incluir las cláusulas de responsabilidad de cada una de las partes, los derechos de autor del material que se aloja en la nube, el lugar dónde se va a guardar la información, la legislación aplicable en el caso que las partes sean de diferentes lugares y la forma de solucionar las controversias.

10.SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.

En los contratos de almacenamiento de datos se pueden presentar los siguientes inconvenientes.

- Falta de normatividad.
- Secuestro de la información.
- Exoneración de responsabilidad.
- Falta de auditorías.
- Contratación de terceros por parte del proveedor.
- Falta de seguridad en la protección de datos.
- Acceso físico no autorizado.
- Los empleados revelan información personal de la empresa.
- Difusión de la información personal.
- Propiedad de los datos.
- Los proveedores revelan información confidencial por orden.
- Mezcla de la información.

Ante estas controversias, y ante la posibilidad de que la empresa proveedora de la nube sea extranjera es recomendable estipular en el contrato la cláusula compromisoria que habilite a los árbitros para solucionar los conflictos, estipulando

¹⁶ Acuerdo de licencia de Google Cloud Platform, (marzo 7 de 2017) Disponible en <https://cloud.google.com/terms/>. Citado por BRICEÑO FIGUEROA, GLORIA AMPARO, LUGO CORTÉS, DOLLY ANDREA. Tipos de conflictos jurídicos de habeas data en los contratos de almacenamiento de nube bancaria “Cloud Banking” en Colombia, en el que Google sea proveedor y su resolución a través del arbitraje en derecho, Pág. 43

la legislación aplicable, el lugar dónde se solucionará la controversia y el reglamento que se aplicará.

No obstante, la Superintendencia de Industria y Comercio es la entidad que tiene la facultad de conocer los conflictos de pérdida de la información cual también se puede acudir para salvaguardar este derecho del el hábeas data.

11.CONCLUSIONES.

- El denominado contrato de almacenamiento de datos es un alojamiento electrónico que presta un sujeto -prestador de servicios de intermediación de la sociedad de la información- (en lo sucesivo, el Operador), al destinatario del servicio (en lo sucesivo, el Cliente).
- En el contrato de almacenamiento de datos se evidencia un objeto lícito, ante las prestaciones de asesorar, implementar y gestionar servicios en la nube, salvaguardando los datos sin vulnerar la privacidad, integridad y reserva de los titulares de la información, unas obligaciones que no alteran el orden público, la moral y las buenas costumbres.
- El contrato de almacenamiento de datos presenta las siguientes características: es bilateral, oneroso, conmutativo, consensual, innominado y atípico
- En estos contratos es necesario incluir las cláusulas de responsabilidad de cada una de las partes, los derechos de autor del material que se aloja en la nube, el lugar dónde se va a guardar la información, la legislación aplicable en el caso que las partes sean de diferentes lugares y la forma de solucionar las controversias, preferiblemente la cláusula compromisoria.

12. BIBLIOGRAFÍA.

- Acuerdo de licencia de Google Cloud Platform, (marzo 7 de 2017) Disponible en <https://cloud.google.com/terms/>.
- ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos mercantiles. Contratos atípicos. Legis Editores S.A, 2012.
- COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil. Sentencia del 26 de agosto de 2001. Exp 05001-3103-2002-0007-01.
- COLOMBIA. Ley 57 de 1887. Código Civil, [en línea] Disponible en <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=39535>.
- COLOMBIA. Decreto 410 de 1971, (marzo 27 de 1971), por medio del cual se expide el Código de Comercio. Disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=41102>.
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley Estatutaria 1581 de 2012 (octubre 17 de 2012) por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales, Diario Oficial. Bogotá, D.C., 2012.
- Computación en la Nube. Guatemala, 2012. [en línea] Disponible en <http://todosobrelanube.blogspot.com.co/p/historia.html> .
- HIDALGO ROMERO, Rafael. Contrato de hosting o almacenamiento electrónico de datos: consideraciones contractuales prácticas, junio de 2009. Disponible en <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/hosting-almacenamiento-contractuales-65190961>.
- LEAL PÉREZ, Hildebrando. Manual de contratos, parte general y especial. Editorial Leyer.
- MACHADO, Jesús. Blogs Computación en la nube: Conceptos y recomendaciones, marzo 4 de 2015.[en línea] Disponible en <<https://blogs.vmware.com/latam/2015/03/computacion-en-la-nube-conceptos-y-recomendaciones.html>.
- PEÑA NOSS, Lisandro. Las Sociedades Comerciales. Quinta edición. ECOE Ediciones- Universidad del Sinú.

- RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Computación en la nube. Revista la propiedad inmaterial, ISSN 1657- 1959, n. 17, [en línea] 2013. Disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4775097>.