

CONTRATOS INFORMATICOS

Julio TÉLLEZ VALDÉS

SUMARIO: I. Introducción. II. Antecedentes y Evolución. III. Elementos generales. 1. Objetivo. 2. Duración y rescisión. 3. Precio, facturación y pago. 4. Garantías y Responsabilidades. 5. Disposiciones generales. IV. Elementos particulares. 1. Definiciones. 2. Control, supervisión y acceso. 3. Asistencia y formación. 4. Secreto y confidencialidad. 5. Cláusulas diversas. V. Elementos personales. 1. Proveedores. 2. Usuarios. VI. Categorías aplicables. 1. Compraventa. 2. Arrendamiento. 3. Arrendamiento con opción a compra. 4. Prestación de servicios. VII. Relaciones precontractuales. 1. Estudio previo o de oportunidad. 2. Estudio de viabilidad. VIII. Relaciones contractuales. IX. Problemática fundamental y sugerencias.

I. INTRODUCCIÓN

Ante la incontenible progresión del fenómeno informático social se ha suscitado una ascendente comercialización de los bienes y servicios derivados de esta floreciente tecnología, propiciando a su vez la aparición de figuras *contractuales particulares* como lo son los llamados "contratos informáticos", acepción sin duda novedosa asimilada dentro de una disciplina igualmente reciente: el derecho informático.

Este tipo de contratos, desprendidos escencialmente del derecho común contractual, revisten sin embargo caracteres específicos muy marcados en la práctica, como lo son su alto grado de tecnicidad y el notorio desequilibrio entre las partes contratantes, por mencionar sólo algunos. De esta forma podemos percatarnos que esta nueva figura contractual (tanto en lo técnico como en lo jurídico) amerita un tratamiento pormenorizado, especialmente en cuanto a las diversas implicaciones hasta hoy desconocidas, o al menos parcialmente conocidas, por el derecho tradicional a efecto de contemplar un régimen jurídico regulador efectivamente aplicable.

II. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN

Los contratos informáticos surgieron ligados a la creciente comercialización de las computadoras. En un principio, éstas se usaban para fines científicos y militares y posteriormente fueron introducidas en el ámbito empresarial, lo cual marcó la pauta de su rápida comercialización, y por ende, la aparición de este tipo de contratos.

Desde sus inicios, la contratación de bienes y servicios informáticos se englobaban en un solo contrato, lo cual provocaba demasiada ambigüedad en los mismos, favoreciendo la práctica comercial de monopolios en detrimento de la libre concurrencia de mercado y dando lugar a reacciones antimonopólicas, tal como lo demuestra el juicio seguido en contra de la compañía IBM (Internacional Business Machines) en Estados Unidos bajo los lineamientos de las leyes Sherman y Clayton.¹

Consecuencia de lo anterior, fue el surgimiento del llamado *unbundling* o diversificación contractual consistente en separar la contratación del equipo de cómputo respecto de los programas y servicios respectivos valiéndose de facturas separadas.² Todo esto trajo consigo la creación de mercados muy diversos con la enmanación de empresas especializadas en cada una de las vertientes informáticas. Tanto referente a bienes (fabricación, distribución, venta, etcétera) como a servicios (programación, mantenimiento, asistencia, formación, etcétera). Cabe mencionar que si bien en un principio la industria informática destinaba más recursos económicos al desarrollo de equipos (*hardware*),³ esto fue variando paulatinamente, por lo que en la actualidad se destinan más fondos para el desarrollo de programas (*software*).⁴

Este tipo de contratos evolucionó paralelamente con el avance tecnológico mas no así con el jurídico, por lo que hoy en día podemos percibir en ellos notorias deficiencias de orden legal.

III. ELEMENTOS GENERALES

1. Objeto

Los contratos informáticos tienen por objeto regular la creación y transmisión de derechos y obligaciones respecto de los bienes y servicios informáticos. Es decir, regir conforme a derecho aquellas relaciones contractuales con motivo de la compra o arrendamiento de un sistema, prestación de un servicio de mantenimiento, programación, capacitación, asesoría, etcétera.

2. Duración y rescisión

Respecto a la duración y eventual rescisión de este tipo de contratos cabe expresar que en el caso de los bienes informáticos éstos siguen los mismos lineamientos (salvo algunas variantes en la entrega, funcionamiento y conformidad) que en aquellos bienes muebles objeto de compraventa o arrenda-

¹ Leyes dictadas en 1871 con el fin de evitar prácticas monopólicas por parte de las empresas establecidas en la Unión Americana.

² Cambridge, E., *Purchasing Computers*, Gower Press, E.U.A., 1977.

³ Partes mecánicas, electrónicas o electromecánicas como estructura física de la máquina.

⁴ Estructura lógica que permite la ejecución de trabajos.

miento. Sin embargo, en el caso de los servicios informáticos, esto puede variar dependiendo de que se trate de la realización de un servicio preciso, como podría ser la escritura de un programa, o la prestación de servicios continuos, tales como provisión de energía, tratamiento periódico de datos, etcétera; aquí la ejecución del servicio es sucesiva y deja una libre iniciativa a las partes, las que podrán convenir una duración indeterminada a dicho contrato, pudiendo implementar así mismo cláusulas de rescisión específicas (falta de pago, declaración de quiebra, etcétera).⁵

3. Precio, facturación y pago

En materia de precios se pueden presentar problemas relacionados con los contratos de servicios informáticos como son la determinación del precio del servicio, la evolución y variación del mismo y la forma como el cliente podría controlar esa variación.⁶

Nuestro Código civil señala que al fijarse el precio, estando las partes de común acuerdo o por imposición de la oferta y la demanda, éste debe ser justo y verdadero entre la prestación y el dinero que se va a pagar, debiendo estar debidamente estipulado en el contrato.

En el caso de los bienes informáticos esta prestación se refiere a la contrapartida de la transferencia de un derecho de propiedad y en los servicios se refiere a la remuneración por dicha prestación.

Los contratos de prestación de servicios informáticos en nuestro país, son muy onerosos y el proveedor generalmente impone un precio arbitrario, por lo que consideramos que sería conveniente que el precio, tanto de los bienes como de la prestación de servicios informáticos, se revisara periódicamente eligiendo un índice ligado a la rama de actividad de los clientes e insertando en el contrato una cláusula que pondere determinada constante conforme a la variación del mismo.

Existen ciertos usos comerciales respecto a la facturación y a las fechas de pago las cuales pueden ser concertadas después de la negociación del contrato, pudiendo fijar el cliente la fecha de pago que más le convenga.

4. Garantías y responsabilidades

Garantía en términos contractuales en la obligación inherente a una persona de asegurar a otra el goce de una cosa o un derecho, de protegerla contra un daño o de indemnizarla en caso de determinados supuestos.

⁵ Nuestro Código civil vigente, en su artículo 1949, expresa que la rescisión o pacto comisorio es el acto jurídico unilateral que pone fin (salvo prohibición legal) a otro acto bilateral plenamente válido en caso de incumplimiento al mismo por alguna de las partes.

⁶ Brook, D., et al., *Acquiring Computer Goods and Services*, Nueva York, Practising Law Institute, 1982.

Las cláusulas de garantía insertas en un contrato informático señalan la manifestación de compromiso de una de las partes y generalmente es el proveedor quien queda obligado.

En nuestro país, la redacción de cláusulas a este respecto es deficiente y generalmente no constituyen una garantía en favor del usuario, de ahí que deban ser consideradas como constitutivas de verdaderos contratos de adhesión.

En las cláusulas relativas a las garantías encontramos generalmente cuatro tipos bien definidos como son:

- Garantía de conformidad
- Garantía de buen funcionamiento
- Garantía de evicción
- Garantía contra vicios

Estas garantías tienen su origen en el contrato, pero en caso de no estar estipuladas en el mismo se encuentran previstas por la ley, ya sea en formas supletorias o imperativas pudiendo los contratantes ampliarlas, limitarlas o suprimirlas.⁷

El límite de las garantías está determinado en función de tres aspectos importantes como lo son la falta de cliente (cumplimiento inadecuado), la fuerza mayor y las cláusulas limitativas.

Es frecuente encontrar en los diferentes contratos informáticos cláusulas que de manera no muy clara limitan a las garantías como es el caso de la falla o mal funcionamiento del equipo resultado de una falta de ejecución adecuada de las instrucciones por parte del usuario o bien motivada por causas de fuerza mayor, en cuyo caso es conveniente indicar para quién se pierde el objeto materia del contrato.

La mayoría de los contratos de adhesión contienen cláusulas limitativas de las garantías estipuladas por los mismos proveedores, por lo que consideramos conveniente informar al usuario sobre ello previniendo eventuales acciones de mala fe por parte de algunos proveedores.

a) *Garantía de conformidad.* Mediante esta garantía el proveedor se compromete a entregar al usuario aquello previsto en el contrato tal y como quedó pactado por ambas partes.

Esta garantía ampara al usuario en el supuesto de que el proveedor no cumpla con lo estipulado en el contrato y cobra vigencia a partir de la recepción del sistema de cómputo por parte del usuario.

b) *Garantía de buen funcionamiento.* Luego de la recepción definitiva

⁷ Sánchez Medal, Ramón, *De los Contratos Civiles*, 5a. edición, México, Porrúa, 1980.

del objeto materia del contrato, esta garantía obliga al proveedor a mantener el equipo funcionando perfectamente durante un período de seis meses o un año luego del cual el usuario puede celebrar un contrato de mantenimiento.

Si el sistema no está funcionando adecuadamente y el usuario lo reporta, ello interrumpe la prescripción del término de la garantía obligando al proveedor a su revisión y reparación.

c) *Garantía contra vicios.* Los vicios ocultos del objeto materia del contrato informático operan de igual manera que en los contratos civiles, según el principio de que el enajenante debe procurar al adquirente una posesión útil.

Según nuestro Código civil, en los contratos comutativos el enajenante está obligado al saneamiento por los defectos ocultos de la cosa que la hagan imprópria para los usos a que se le destina, o que disminuya de tal modo este uso que de haberlo conocido el adquirente no hubiere hecho la adquisición o habría pagado un menor precio por la cosa.⁸

Para que el proveedor sea responsable de los defectos del bien o servicio informático se necesita que los vicios sean ocultos, desconocidos por el usuario, nocivos a la utilidad del bien y anteriores a la enajenación. El usuario tiene entonces la elección entre dos procedimientos: la indemnización o la rescisión del contrato.

Asimismo, se deben precisar en el contrato ciertos parámetros, como son las condiciones de instalación que señale el proveedor o constructor respecto a la utilización de los bienes, así como su integración en el sistema.

d) *Garantía de evicción.* Esta garantía se refiere a la obligación del proveedor de responder a la reivindicación de terceros en contra del usuario en cuanto a la propiedad intelectual o industrial de los materiales y programas provistos.

Éste es un problema común en los contratos de software o de programas, y sucede cuando el verdadero dueño del programa reclama la propiedad al usuario, quien a su vez exige al proveedor una indemnización por los daños y perjuicios provocados.

En la actualidad las cláusulas a este respecto son ambiguas y confusas lo que provoca que el usuario se encuentre en un verdadero estado de indefensión.

Ahora bien, respecto a las cláusulas estipuladas en un contrato informático relativas a la responsabilidad, éstas son las que determinan el accionamiento de las garantías como es el caso de la obligación de reparar el daño causado al contratante por la inejecución del compromiso adquirido. Llamamos responsabilidad contractual al cumplimiento de las obligaciones estipuladas en el contrato. Analicemos dos de ellas.

⁸ Artículos 2142 y 2157 del C.P.

a) *Responsabilidad respecto a la seguridad material del equipo.* Es conveniente estipular en el contrato quien tendrá la responsabilidad material del equipo en cuanto a los daños que éste sufra y en qué momento o bajo qué circunstancias pasará a la otra parte contratante.

En nuestro país es usual que las partes pacten que el proveedor sea responsable de los daños que sufra el objeto materia del contrato, hasta el momento de que dicho objeto le sea entregado al usuario. Es decir, que a partir de la entrega al usuario será responsable del objeto, aunque la propiedad del mismo no le corresponda en su totalidad. A este respecto cabe mencionar que el riesgo es transferible al comprador desde que el equipo es entregado en los locales de su empresa, salvo pacto en contrario.

b) *Responsabilidad respecto a los daños causados por el material o el personal del proveedor.* Lo anterior consiste en que el proveedor es responsable en la medida en que incurra en una falta o negligencia de su parte, aunque es importante estipular en el contrato la limitación de responsabilidad del proveedor, si éste demuestra que el daño proviene de una falta del cliente. Así, por ejemplo, si el proveedor causó daño a la información del usuario en forma intencional, éste deberá reconstituirla y responder por los jerjicios, asimismo es importante incitar al usuario a prevenirse contra estos eventuales daños resguardando su información por duplicado.

Consideramos que es conveniente estipular cláusulas en el contrato informático enfocadas a repartir, de manera más equilibrada, los riesgos entre el cliente y el proveedor.

5. *Disposiciones generales*

En un contrato informático existen disposiciones generales como en cualquier contrato civil.

A este respecto las partes deben convenir entre otras cosas:

- La no cedibilidad de las obligaciones derivadas del contrato.
- La preminencia del contrato sobre los demás documentos escritos otorgados entre las partes.
- El reconocimiento de que el contrato engloba todas las obligaciones a las cuales se comprometen las partes.
- El incumplimiento del contrato en caso de nulidad de una de sus cláusulas.
- La necesidad de un anexo específico para la modificación de los términos del contrato.
- El valor relativo de los títulos de diversas cláusulas, puesto que en caso de contradicción entre esos títulos y el contenido de las mismas es el segundo el que prevalecerá.

IV. ELEMENTOS PARTICULARES

1. *Definiciones*

El ambiente informático en muchas ocasiones se convierte en fuente de ambigüedades en cuanto que su léxico está integrado por numerosos vocablos de orden técnico, a los que comerciantes, juristas y aun los mismos "expertos" en informática llegan a atribuir contenidos diferentes, lo cual puede traer como consecuencia que los derechos y obligaciones contractuales lleguen a ser diversos de aquéllos que las partes pensaron haber suscrito.

Para atenuar dichos riesgos es conveniente incorporar a dichos contratos un preámbulo, cláusulas o anexos que precisen o expliquen los términos técnicos fundamentales a través de definiciones simples, concretas y complejas.⁹

2. *Control, supervisión y acceso*

El usuario debe ejercer un estricto control y supervisión en el funcionamiento del equipo informático que adquiera, siendo conveniente un asesoramiento externo por parte de un experto en la materia para que vigile el buen desarrollo de dichas actividades.

Por otra parte, es importante que el usuario le dé un buen mantenimiento a su equipo, y si en este proceso intervienen funcionarios del proveedor deberá tener un control discreto sobre ellos, a efecto de prevenir una eventual actitud dolosa que pudiera suscitarse, por ejemplo, que los empleados del proveedor pretexten mal funcionamiento del equipo y pretendan hacer creer al usuario una "necesaria" reparación y su consiguiente aumento en el cobro de honorarios o llegando aun al extremo de "robar" los programas creados por el usuario.

3. *Asistencia y formación*

Los contratos de asistencia técnica al usuario de sistemas informáticos son específicos, sin embargo, en algunos contratos informáticos ya se prevé en una cláusula especial sobre dicha asistencia técnica, la cual debe ser periódica y oportuna.

Este servicio lo puede ofrecer el proveedor o bien una empresa que se encargue de ello, quedando al usuario la elección según las circunstancias.

En este sentido, la formación se refiere a la capacitación que el proveedor

⁹ Existen diccionarios para que el usuario o jurista conceptualicen adecuadamente estos términos, por ejemplo aquellos contenidos en las guías francesas INFOREP (informática repartida).

dé al personal de la empresa del usuario, especialmente a quienes se vayan a encargar de manejar el sistema. Es indudable que el éxito que pueda tener la informatización de una empresa radica fundamentalmente en que tenga un buen equipo, eficaces programas de cómputo y personal debidamente capacitado.¹⁰

4. *Secreto y confidencialidad*

Esto consiste en el carácter confidencial que el proveedor debe dar a la información de su cliente; si por el contrario, realiza o permite su divulgación a un tercero, eventualmente o no, competidor, el usuario estará en todo su derecho de demandarlo por la vía civil o aun por abuso de confianza.¹¹

Es esencial que en una empresa informática se sigan estos principios de secretos y confidencialidad para su buen funcionamiento, seguridad y reputación.

5. *Cláusulas diversas*

Son cláusulas que se refieren a un concepto en especial y que las partes convienen en insertarlas en los contratos, informáticos, por citar algunas tenemos: la cláusula de no solicitud de personal en la que el cliente se compromete a no contratar al personal del proveedor para que trabaje con él. Esta cláusula se interpreta como una obligación de no hacer.

Existe otra cláusula que se refiere a la restricción de acceso al equipo, y que se utiliza frecuentemente en los contratos de mantenimiento para liberar al proveedor del cumplimiento de toda garantía en caso de intervención del usuario o de una tercera persona sobre el equipo informático. Esta cláusula es limitativa de responsabilidad.

V. ELEMENTOS PERSONALES

1. *Proveedores*

Son los fabricantes, distribuidores y vendedores de bienes informáticos, así como los prestadores de servicios informáticos.

Son obligaciones del proveedor de bienes y servicios informáticos entre otras:¹²

¹⁰ Bertrand A., *Contrats Informatiques, Services et Conseils*, Paris, Editions des Parques, 1983.

¹¹ Ver artículo 382 del Código Penal para el Distrito Federal.

¹² Guardia, Ch., *De la responsabilité du vendeur ou du bailleur d'ordinateur*, Paris, Gaz Pas, 1974.

- Salvaguardar los intereses del cliente y darle consejo e información.
- Cumplir con la entrega de los bienes o con la prestación de sus servicios en los plazos estipulados; el incumplimiento de los términos o plazos permite al cliente establecer una demanda en reclamo de los daños y perjuicios motivados por el retraso¹³ o bien llegar a la misma rescisión del contrato.
- Otra de sus obligaciones es la de realizar la prestación conforme a las especificaciones del contrato.
- Debe dar garantía contra los vicios ocultos que pudiera llegar a tener la prestación realizada conforme a los artículos 2142 y 2144 del Código Civil vigente.
- Otro punto importante es que debe realizar el estudio de viabilidad para el usuario, actuando en todo momento con probidad y honestidad, así como una asesoría y apoyo adecuado.

2. *Usuarios*

Son todas aquellas entidades (públicas o privadas) o individuos que requieren satisfacer determinadas necesidades a través de los llamados bienes o servicios informáticos. Entre sus principales derechos y obligaciones tenemos:

- Informarse, documentarse, visitar exposiciones y demostraciones de equipo o de servicios informáticos en general, solicitar folletos explicativos sobre las características y funcionamiento de los centros de cómputo así como de los programas ya existentes.
- Determinar de manera precisa sus necesidades de automatización fijando y comunicando sus objetivos precisos.
- Suministrar al proveedor informaciones exactas de su empresa acompañadas de documentos, gráficas, proyectos, etcétera.
- Capacitar adecuadamente a su personal para el manejo del centro de cómputo (funcionamiento, seguridad, programación, etcétera).
- Obtener una mejor adaptación de su empresa a los imperativos de funcionamiento del material instalado.
- Decidir sobre la elección final de entre las ofertas que le presenten los proveedores, considerando los elementos de apreciación de orden financiero y técnico.

¹³ Se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio de una de las partes, por el incumplimiento de una obligación de otra, y perjuicio a la privación de cualquier ganancia lícita susceptible de obtenerse mediante el cumplimiento de una obligación.

- Adaptar y recibir el material o los servicios que ha solicitado.
- Acordar un periodo de prueba a efecto de verificar el funcionamiento del equipo.
- Respetar las directrices propuestas y formuladas por el proveedor sobre el modo de empleo del material o de los programas.
- Pagar el precio convenido según las modalidades fijadas entre las partes, salvo si se emitieron reservas luego de la recepción del material o servicio, situación referida en los artículos 2293 y 2294 del Código civil.

VI. CATEGORÍAS APLICABLES

Desde un punto de vista jurídico, tenemos que son cuatro los tipos de contratos fundamentalmente aplicables en relación a los bienes y servicios informáticos: el de compraventa, arrendamiento, arrendamiento con opción a compra y la prestación de servicios.

1. *Compraventa*

A este respecto tenemos que en la informática existen los contratos de compraventa de equipos de cómputo y suministros (componentes, accesorios, etcétera). Su esencia es similar a la de un contrato de orden civil, aunque tiene algunas variantes en su clausulado el cual desglosaremos a continuación.

En este contrato informático se debe establecer, en primer término, que el proveedor venderá al usuario el material de acuerdo a los planes de contratación ofrecidos, debiendo incluirse una relación de las máquinas que integren el centro de cómputo materia de la compraventa, indicando, asimismo, el modelo, la descripción, la cantidad, el precio de compra y el cargo mensual de mantenimiento.¹⁴

Se deberá asentar en el contrato la fecha de entrega del equipo de cómputo así como el sitio y las condiciones. Los pagos deberán hacerse de conformidad con el plan de contratación establecido en el contrato, y ningún cargo comenzará a surtir efecto hasta que haya sido aceptado el sistema de cómputo y demás productos amparados por el contrato.

Es importante que se establezca en el contrato el momento en que el usuario adquiere la propiedad; por otra parte, podrá haber un periodo de prueba del equipo que comience desde la fecha de entrega del sistema y termine después de 30 días calendario consecutivo; si después de 60 días no se ha alcanzado un nivel de eficacia, el usuario podrá solicitar el reemplazo total del equipo o de la unidad que no funciona.

¹⁴ El mantenimiento del equipo se establece generalmente en un contrato por separado.

El proveedor deberá responder por los daños y perjuicios que le cause al usuario en caso de incumplimiento, asimismo asumirá cualquier responsabilidad para el saneamiento en caso de evicción, en lo que bien podrían aplicarse los artículos 2119, 2120 y demás relativos del Código civil. Es por ello que en el contrato informático se deberá establecer que el proveedor garantizará que el equipo y sus dispositivos no tendrán algún defecto.

El proveedor deberá garantizar, también, el tiempo que se obligue a suministrar al usuario las partes y refacciones necesarias para mantener los equipos en las condiciones adecuadas de funcionamiento.

Por otro lado, el proveedor proporcionará por escrito al usuario toda la información técnica necesaria para que éste haga el uso adecuado del equipo.

Durante el tiempo que dure el contrato y aún después, ambas partes deberán convenir en mantener con discreción cualquier información recibida de la otra parte que haya sido calificada como confidencial.

El proveedor será responsable de las violaciones que se causen en materia de patentes o derechos de autor respecto de los objetos materia de este contrato proporcionados al usuario, a este respecto debe comprometerse al pago de daños y perjuicios.¹⁵

Las partes deben establecer el plazo durante el cual el usuario puede cancelar temporal o definitivamente el equipo solicitado mediante aviso por escrito.

En caso de que el usuario, por así convenir a sus intereses, adquiera equipos de compañías extranjeras, deberá darse cumplimiento a lo establecido en el artículo 33 de la Ley de nacionalidad y naturalización, teniendo la obligación de pagar el impuesto sobre la renta de conformidad con la ley respectiva.

Este contrato informático de compraventa constituye un acuerdo entre las partes y deja sin efecto cualquier negociación, obligación o comunicación ya sea oral o escrita, hecha con anterioridad a la firma del mismo.¹⁶

2. Arrendamiento

Aplicando este contrato en materia informática debemos notar que existen cláusulas específicas para el arrendamiento de sistemas de cómputo, debiéndose insertar en el contrato una relación de las máquinas y sistemas operativos indicando su modelo, descripción, cantidad, precio o de compra, renta mensual y cargo mensual de mantenimiento.

Se deberá estipular la duración del contrato en los términos y condicio-

¹⁵ Clarizia, Renato, "Problemas jurídicos de los contratos de utilización de los ordenadores", *Doc. Admva*, Madrid, núm. 199, jul-sep / oct-dic. 1983.

¹⁶ Pullet, P., "Les Contrats Informatiques, Reflexions sur dix ans de jurisprudence belge et française", *D.P.C.I.*, núm. 1, 1982.

nes acordados, respetando los mecanismos de prórroga que se presenten, asimismo se deberán definir claramente la fecha, el sitio y las condiciones de entrega del sistema de cómputo.

Una vez que las partes han fijado los precios que regirán las operaciones del contrato, se estipulará el compromiso de no alterar los precios pactados originalmente durante la vigencia del mismo; el pago del precio le da derecho al arrendatario de usar en forma ilimitada el sistema de cómputo con sus fases operativas y de programación.

El usuario tiene el derecho de solicitar que se estipule en el contrato que el equipo de cómputo se pruebe en las instalaciones del proveedor, de acuerdo a ciertos estándares establecidos, debiendo proporcionar el arrendador documentos, instructivos y publicaciones referentes a ese equipo de cómputo.¹⁷

El arrendatario podrá cancelar cualquier unidad de equipo dando aviso al arrendador con 30 días de anticipación, y podrá dar por terminado el contrato si el proveedor incurre en violación de cualquiera de las cláusulas del mismo.

Se deberá estipular en el contrato que el arrendador notificará al usuario, con uno o dos años de anticipación, según sea pactado, su retiro del mercado nacional y mientras esté en el mercado deberá comprometerse a prestar los servicios amparados por el contrato.¹⁸

En este contrato informático de arrendamiento existen varias cláusulas similares a las que se pactan en un contrato de compraventa, entre ellas que el arrendador deberá mantener en forma confidencial toda documentación que le haya sido facilitada por el arrendatario a fin de realizar el estudio de viabilidad. El proveedor o arrendador será responsable de las violaciones que se causen en materia de patentes o derechos de autor y se comprometerá a indemnizar por daños y perjuicios a un tercero afectado. Por otro lado, el arrendador deberá garantizar que el equipo, así como sus dispositivos, estarán libres de cualquier defecto de materiales o mano de obra y comprometerse a mantener el objeto materia del contrato en condiciones satisfactorias de operación, ajustando, reparando o reemplazando las piezas o artículos defectuosos que causen una operación anormal, así como hacerse cargo de la instalación del sistema de cómputo.

El proveedor también debe hacerse responsable de los empleados que envie a las instalaciones del usuario, y asumir cualquier responsabilidad para el saneamiento, en caso de evicción, así como indemnizar al usuario en caso de actuar dolosamente.

¹⁷ Desjeux, X., "Des obligations respectives de l'utilisateur et du constructeur", *01 Informatique*, núm. 107, 1977.

¹⁸ Brandon D. S. Segelstein, *Data Processing Contracts, Structure, contents and negotiation*, Nueva York, Van Nostrand, 1976.

3. Arrendamiento con opción a compra

Esta figura es una modalidad de contrato de arrendamiento, empleado mucho en materia informática y generalmente conocido bajo el término *Leasing*. Este contrato establece que la opción de compra se podrá ejercer en cualquier momento después de la fecha de aceptación del sistema de cómputo, respecto a todo o parte del mismo, considerando los porcentajes pactados de las rentas pagadas que se abonarán al precio de compra.¹⁹

Al ser la compra de equipo informático un gasto muy fuerte para las empresas, es frecuente que en un principio tomen en arrendamiento el centro de cómputo y lo paguen a plazos hasta adquirir la propiedad del mismo.

A este tipo de contrato informático se aplican las cláusulas del contrato de arrendamiento y las del contrato de compraventa en cuanto a adquisición del equipo.

4. Prestación de servicios

Este tipo de contratos se refiere a todos aquellos trabajos que sobre determinadas materias se realicen. El contrato que más se asemeja en nuestro Derecho civil a este tipo de contrato informático es el de prestación de servicios profesionales, que se refiere a los servicios que presta un profesionalista a una persona llamada cliente y quien se obliga a pagarle una determinada retribución llamada honorarios.²⁰

En esta figura se requiere que el prestador de servicios tenga una adecuada preparación técnica, además de un título profesional, así como capacidad general para contratar; a este respecto, cabe mencionar que se entiende por ejercicio profesional "la realización habitual de todo acto o la prestación de cualquier servicio propio de cada profesión".²¹

Entre las principales características de este contrato tenemos que son: bilaterales, onerosos, conmutativos y formales o consensuales, según acuerden las partes. Los elementos reales son: el servicio profesional y los honorarios.²²

Concretándonos al tema que nos interesa, es menester enunciar que en el llamado contrato de prestación de servicios informáticos hay una categoría que se refiere a la utilidad o provecho que se obtiene de la realización de acciones o actos concretos de personas físicas o morales que coadyuven,

¹⁹ Bigelow, R. y S. Nycum, *Your computer and the law*, Nueva Jersey, Prentice Hall, 1975.

²⁰ Artículos 2142 y 2149 del C.C.

²¹ Artículo 25 de la Ley general de profesiones.

²² De Pina, Rafael, *Elementos de derecho civil mexicano*, 2a. Edición, México, Edit. Porrúa, 1976.

de manera directa o indirecta, al manejo de la información, estando su aplicación relacionada con la estructuración y composición de datos.²³

Las partes en este contrato informático se denominan proveedor, que es aquel quien presta el servicio (prestador) y que la mayoría de las veces es una empresa de computación, y cliente o usuario (prestatario), que es aquel quien recibe el servicio y lo retribuye.

Como ejemplos de contratos de servicio informático cabe citar algunos, tales como el de explotación de programas, el de consulta de archivos y bancos de datos, el de estudio de mercado en informática, el de documentación técnica, el de mantenimiento correctivo y preventivo de equipo o de sistemas, el de manejo de datos, el de desarrollo de estudios de viabilidad para la selección de bienes y servicios, el de consultoría, el de diseño de sistemas, asistencia técnica, formación, etcétera.²⁴

Cabe hacer notar que la importancia que han ido adquiriendo este tipo de contratos es el resultado de la necesidad, cada vez mayor, de asesoramiento y servicios informáticos varios que requieren los usuarios.

VII. RELACIONES PRECONTRACTUALES

Este tipo de relaciones se refieren a los análisis, estudios y negociaciones previas a la firma del contrato propiamente dicho, derivados de la necesidad de un bien o servicio informático. Se establecen a través de dos figuras fundamentales: el estudio previo o de oportunidad y el estudio de viabilidad.²⁵

1. *Estudio previo o de oportunidad*

El estudio previo o de oportunidad es un análisis que realiza el eventual usuario sobre sus necesidades mediatas y futuras susceptibles de informatización, a efecto de que se evalúen las condiciones fundamentalmente técnicas y económicas que permitan una adecuada oferta de bienes o servicios informáticos por parte de los proveedores, a fin de satisfacer dichas necesidades; una de las inconveniencias de esta figura es que el eventual usuario, en función de su evidente desconocimiento, requiere de una asistencia técnica que en la práctica sólo podría brindarle el mismo proveedor, quedando por tanto a expensas de "favoritismos" comerciales.²⁶

²³ Bernacci, R. y G. Larsen, *Data Processing contracts and the law*, Boston-Toronto, 1974.

²⁴ De Champris, H., "La nature des contrats relatifs aux logiciels", *Bureaux de France*, núm. 193, 1983.

²⁵ De Lamberterie, I., *Les techniques contractuelles suscitées par l'Informatique*, Paris, C.N.R.S., 1977.

²⁶ U. de París (Nanterre), *Emergence du Droit de l'Informatique*, Paris, Editions des Parques, 1983.

2. *Estudio de viabilidad*

Otra figura es la del estudio de viabilidad realizado por el proveedor, en el cual se precisan las aplicaciones informáticas hacia el eventual usuario, quien, para ello, deberá responder las cuestiones plasmadas en el llamado cuaderno de cargos a efecto de permitir que el proveedor formule sus ofrecimientos susceptibles de ser aceptados o rechazados; las inconveniencias de dicho estudio son la falta de profundidad y objetividad, ya que el eventual usuario en muchas ocasiones no llega a precisar adecuadamente sus necesidades presentes y futuras y, por otra parte, el proveedor con el afán de vender sus bienes o servicios no llega a realizar ofertas realmente satisfactorias.²⁷

Infortunadamente, en nuestro medio no se le ha atribuido las consideraciones debidas a este tipo de relaciones, por lo que en muchas ocasiones se llegan a manifestar problemas una vez establecido el vínculo contractual propiamente dicho.

Es conveniente señalar que en la etapa precontractual, es decir en la elaboración de los estudios de oportunidad y viabilidad, éstos tendrán importantes implicaciones para la elección del material o la prestación de servicios de que se trate; si esto se logra, las subsecuentes etapas contractuales no tendrán problemas generadores de litigio, por lo que es conveniente analizar cada una de ellas tal y como lo haremos a continuación.

Bajo la consideración de un estudio de oportunidad o de viabilidad hay etapas diferentes y complementarias entre sí, tales como:

- Una reflexión del usuario sobre la oportunidad y objetivos de la automatización.
- Un asesoramiento adecuado que, luego del análisis de las necesidades, traduzca éstas en una forma apropiada bajo las consideraciones de un cuaderno de cargos.
- Dar a conocer el cuaderno de cargos a diversos proveedores a fin de tener varios ofrecimientos y una elección más adecuada para la realización de los objetivos definidos.

Estos primeros pasos de una relación precontractual son básicos, pues de ellos se deriva que el usuario haga una adecuada exposición de sus necesidades informáticas y, por consecuencia, una buena elección con base en las diversas ofertas que le hagan los proveedores.

²⁷ El artículo 5 de la Ley federal de protección al consumidor señala que "es obligación de todo proveedor de bienes y servicios informar veraz y suficientemente al consumidor, se prohíbe en consecuencia, la publicidad, las leyendas o indicaciones que induzcan al error sobre el origen, componentes, usos, características y propiedades de toda clase de productos o servicios".

Es recomendable, entonces, antes de solicitar apoyo a un asesor externo, establecer una reflexión elemental con todas las personas implicadas en ello para recoger los puntos de vista respecto a los objetivos que se pretenden, inquiriendo sobre el correcto fundamento de la informatización en un contexto general (tipo de actividad, organigramas, dificultades sociales, balances, disponibilidad, etcétera), así como sobre los beneficios susceptibles de generarse mediante la automatización de la empresa.²⁸

Se debe establecer el estado real de la empresa para diagnosticar las necesidades reales en materia de informática y clasificarlas por orden prioritario, fijando una gama de objetivos teóricos.²⁹

Es importante también determinar la trascendencia del cuaderno de cargos dentro de la futura o eventual contratación, debiendo redactar éste en términos lo suficientemente claros para que permita la inserción de respuestas igualmente claras por parte del proveedor y que en caso de que no se cumpla el contrato se facilite el libre acceso a la vía judicial.

Derivado de lo anterior, y a partir del contenido del cuaderno de cargos o del estudio de viabilidad, el cliente podrá contar con un elemental conocimiento de causa para hacer una acertada elección en el ámbito informático, a pesar de que la elección está supeditada en última instancia, a la efectividad del equipo informático y la adecuada satisfacción de necesidades.

Es conveniente, entonces, que el usuario, antes de hacer su elección, tome en cuenta un conjunto de criterios como la clase de equipo que va a adquirir, así como su compatibilidad con los materiales de la empresa, su costo, la efectividad y la rapidez, las condiciones de la instalación y mantenimiento que se requerirá, las evoluciones posibles del sistema, la rentabilidad, etcétera. En suma, analizar todas las prioridades para llegar a una correcta elección.

Desgraciadamente, la política mercantilista de los proveedores es la de ofrecer las mejores ideas a los clientes y no necesariamente los mejores productos, habiendo un margen de irreabilidad entre lo requerido y lo ofrecido.

VIII. RELACIONES CONTRACTUALES

Se refieren al momento en que los contratantes aceptan tácitamente las condiciones del contrato y externan su voluntad de obligarse al cumplimiento del mismo mediante su firma.

La fecha para la firma del contrato variará de acuerdo a lo que establezcan las partes; a este respecto, hay que hacer notar que para el proveedor

²⁸ Smith, L., "Survey of current legal issues arising from contracts for computer goods and services", *Computer L.J.*, 1979.

²⁹ Waser U., *Der computer war Tugsvertrag, schutheiss polygraphische verlag*, Zurich, 1980.

será conveniente la realización de esta etapa lo más pronto posible a efecto de asegurar la operación, y por lo que toca al usuario, éste tendrá que afrontar una disyuntiva por el hecho de que si no firma el contrato prontamente (generalmente pactado en dólares), esto podrá provocar un alza considerable en el costo previsto para la operación, ya que normalmente los proveedores se reservan la facultad de aumentar los precios en función de la variabilidad del tipo de cambio.

Por otro lado, puede suceder que en los momentos anteriores a la firma del contrato surja un nuevo equipo o aun una baja de precios en función de la gran variedad oferente, por lo que la celeridad o prontitud de la firma puede convertirse en un arma de dos filos.

Una vez firmado el contrato, es usual que el proveedor determine un plazo de 30 a 60 días para la entrega del equipo.

Si este plazo no es respetado por razones como que el equipo no ha llegado del extranjero, o que aún no sale de la fábrica o cualquier otra que se alegue, es conveniente que el usuario estipule una cláusula penal en el contrato a efecto de prever que se le pague una cierta cantidad por la demora o llegar incluso a la rescisión del contrato con el fin de protegerse.

Consecuentemente, puede darse el caso de que una vez entregado el equipo éste no sea instalado y el proveedor haga saber al usuario, sin justificación válida alguna, que la instalación propiamente dicha será realizada con posterioridad, y para lo cual es conveniente estipular en el contrato un término máximo razonable para que ésta se lleve a cabo, por lo que pensamos que 15 días es un plazo razonable para que tenga lugar la instalación del equipo.

Asimismo, es conveniente para el usuario realizar pagos parciales en caso de adquisición de equipo, para así tener un margen de protección más amplio y que el último pago se haga luego de ser instalado éste.

Una vez realizada la entrega viene el periodo de prueba del equipo, para constatar su buen funcionamiento y su adaptación al sistema del usuario, en este sentido la aceptación del equipo será de carácter parcial en tanto no se vea funcionando el mismo en perfectas condiciones.

IX. PROBLEMÁTICA FUNDAMENTAL Y SUGERENCIAS

La problemática fundamental de este tipo de contratos consiste en el desequilibrio notorio existente entre las partes, ya que comúnmente el proveedor de bienes o servicios se vale de sus conocimientos técnicos sobre la materia para imponer sus condiciones al usuario mediante una redacción contractual con términos muy técnicos, en detrimento de los elementos jurídicos, los cuales, en la mayoría de las ocasiones son aceptados por los

usuarios debido a sus necesidades informáticas y la falta de adecuada asesoría técnica, convirtiendo a éstos en verdaderos contratos de adhesión.³⁰

En razón de lo anterior este tipo de contratos manifiestan una gran cantidad de lagunas jurídicas, las cuales, a su vez, son eventualmente fuente de controversias y conflictos, por la imprecisión en aspectos tan importantes como las garantías, responsabilidades, reparación del sistema, pago de daños y perjuicios, etcétera.³¹

A este respecto, se sugiere en torno a la problemática que revisten este tipo de contratos, profundizar en labores tales como la explicitación en términos informáticos con una castellanización y mejor desarrollo de éstos, y procurar un mejor conocimiento de los elementos técnicos por parte de los usuarios, así como una redacción más jurídica de esta categoría de contratos. Por otra parte, es igualmente conveniente depurar aspectos tan importantes como los llamados "riesgos informáticos",³² entendidos éstos como las amenazas de daño (entiéndase siniestros o desastres) susceptibles de presentarse respecto a los bienes y servicios informáticos, lo cual amerita una adecuada cuantificación de los mismos que permitan el surgimiento de apropiadas coberturas exprofeso, a través de figuras tales como las pólizas de seguros,³³ a fin de atenuar tan onerosas situaciones; en suma, una actualización del derecho positivo que permita consolidar a su vez al derecho informático mediante la regulación jurídica de problemáticas particulares tales como aquellas constituidas por los contratos informáticos.³⁴

³⁰ Linant, X., *l'Informatique et le Droit*, Paris, Ed. P.U.F. (Q.S.J. núm. 1923), 1981.

³¹ S.P.P., *La informática y el derecho*, México, INEGI, 1983.

³² Bensoussan, A. y M. Salvator, *Risques Informatiques*, Paris, Editions des Parques, 1983.

³³ Sobre el contrato de seguro, sugerimos la lectura de las obras de Rodríguez Salas, Jesús, México, Amic Editor, 1976, y Ruiz Rueda, Luis, México, Edit. Porrua, 1978 y Vivante, César (traducción de Santiago Sentis), Buenos Aires, 1952.

³⁴ Téllez Valdés, Julio, *La protección jurídica de los programas de computación*, México, 1985, así como *Derecho informático*, obra próxima a publicarse.