

## 1. INTRODUCCIÓN

Las organizaciones que forman parte de la industria que dedica sus esfuerzos a ofrecer bienes y servicios informáticos enfrentan una problemática particular en lo que se refiere a la formalización de las obligaciones con sus clientes por medio de los contratos informáticos. Un contrato informático “deficiente” tiene altas probabilidades de generar consecuencias negativas en el desarrollo u ofrecimiento de bienes o servicios informáticos, tales como: imprecisión y poca claridad en los términos y condiciones acordadas, insatisfacción de las partes debido a los términos establecidos, desgaste innecesario en la administración del proyecto, un marco inestable y poco afortunado para concluir con éxito el proyecto informático<sup>[1]</sup>, indefinición para la detentación y explotación de derechos patrimoniales de autor, inadecuada protección de datos personales o información sensible, por mencionar sólo algunas de estas consecuencias.

La elaboración de esta especie de contratos resulta una actividad compleja, debido a que por una parte, éstos no son reconocidos específicamente por la normatividad civil, por lo tanto, se rigen conforme dos principios: I) los que aplican a los contratos en general (elementos de existencia y validez) y, II) en la libertad de contratación de las partes; de tal forma que resultan mínimos dichos elementos en la ley para establecer un conjunto de derechos y obligaciones que instaure un equilibrio entre los contratantes. Por otro lado, este tipo de instrumentos demandan no solo de conocimientos jurídicos “tradicionales” para formular un contrato “robusto”, sino que adicionalmente conocimientos en tecnologías de la información, los cuáles sean traducidos e incorporados en términos legales al contrato en sí como normas obligatorias entre ellas.

Cabe preguntarse entonces ¿Es posible amalgamar los conocimientos jurídicos habituales con los conocimientos especializados en TI, aún cuando no existe una regulación específica al caso en concreto? En el desarrollo de este tema se resolverá esta cuestión.

Es importante recordar que uno de los fines del derecho al ser reconocido como una ciencia es dotar de elementos suficientes que permitan entender y resolver cualquier planteamiento de forma sistemática y repetible bajo una metodología jurídica. De tal forma que pongo a su disposición por medio de este artículo los elementos que considero significativos para el estudio y análisis al momento de instrumentar un contrato informático, en virtud de los términos *sui generis* que presentan éstos.

En primer lugar es necesario establecer un marco conceptual homogéneo respecto al concepto y clasificación de los contratos informáticos, para posteriormente abordar la metodología jurídica para su elaboración.

## 2. CONCEPTO DEL CONTRATO INFORMÁTICO

Es necesario delimitar mediante una definición de contrato informático, para demarcar su alcance, para tales efectos, me adhiero al concepto de Miguel Ángel Davara Rodríguez:

*“Contrato informático es aquél cuyo objeto sea un bien o servicio informático -o ambos- o que una de las prestaciones de las partes tenga por objeto ese bien o servicio informático”.*

Es decir este tipo de contrato deberá establecer entre las partes (cliente-proveedor) las condiciones, compromisos y obligaciones referentes a un bien o un servicio (Desarrollar de un software a la medida, instalar una red, entre otros) cuya naturaleza (del bien o servicio) sea informática<sup>[2]</sup> es decir, que permita realizar un tratamiento sistemático y racional de la información mediante el procesamiento electrónico de datos.

### 3. CONTRATOS NOMINADOS E INNOMINADOS

Ahora bien, es factible señalar que dentro de los contratos informáticos, algunos por su propia naturaleza utilizan los mismos esquemas que los contratos tradicionales<sup>[3]</sup> para producir o transferir obligaciones, de tal forma que existen elementos dentro de la normatividad específica que fácilmente permiten (mediante la aplicación de la analogía) determinar los alcances y compromisos asumidos por los contratantes en una relación jurídica, es por ello que este tipo de contratos no implican mayor complicación, basta adherirse a lo señalado por la ley. Sin embargo existen otros que dadas sus características resultan atípicos al marco legal, es decir no son regulados o reconocidos en la normatividad, de tal forma que se rigen únicamente por los principios generales de los contratos. El primer paso a realizar para abordar este tipo de instrumentos, es considerar al contrato como el acto jurídico más representativo de las fuentes de las obligaciones<sup>[4]</sup> y para ello es necesario retomar *los elementos de existencia y de validez*.

#### A) ELEMENTOS DE EXISTENCIA:

##### I. CONSENTIMIENTO

El consentimiento es la manifestación de dos o más voluntades, expresa o tácita mediante la cual una de las partes realiza una oferta y otra expresa su conformidad aceptándola, de tal modo que sin consentimiento no hay contrato. La gran mayoría de los contratos se perfeccionan con la sola manifestación

Cabe mencionar del caso especial que revisten los contratos one-click, es decir aquellos que con sólo dar un click con el *Mouse* se instala un programa en una PC, presuponiendo que se ha manifestado el consentimiento mediante dicho acto, existen diversos autores que ponen en “*tela de juicio*” si se externa el consentimiento mediante dicho acto, sin embargo este tema merece un tratamiento especial en otro trabajo.

##### II. OBJETO DEL CONTRATO

Cuando hacemos referencia al objeto del contrato es muy común confundir a éste con la cosa o con las obligaciones que surgen del mismo, ambas observaciones son correctas. En el estudio de los contratos se distinguen dos tipos de objetos, el directo e indirecto.

- El objeto directo comprende las obligaciones que han sido creadas o transferidas en los contratos.
- Por objeto indirecto se entiende la cosa o el hecho, el cual a su vez consiste en obligaciones de dar<sup>[5]</sup>, hacer o no hacer, asimismo las obligaciones debe cumplir al menos con tres requisitos: existir en la naturaleza, ser determinada o determinable en cuanto a su especie y por último estar en el comercio.

## **B) ELEMENTOS DE VALIDEZ:**

### **I. LICITUD DEL OBJETO**

Este punto se refiere a que el hecho contenido en el contrato, así como la voluntad de los contratantes no debe ser contrario a las leyes, el orden público y/o a las buenas costumbres. Tal sería el caso de realizar el contrato sobre el desarrollo de un virus informático, lo cuál sería contrario a derecho y por lo tanto el objeto sería ilícito.

### **II. CAPACIDAD**

Se entiende por Capacidad la aptitud que tiene una persona para ser titular de derechos y obligaciones, y ejercitarlos los mismos. De este concepto se desprenden dos tipos de capacidades, la de ejercicio y la de goce.

- La capacidad de goce se refiere a la protección que hace la ley respecto de un sujeto, estableciendo que éste tiene derechos y obligaciones, esta capacidad se adquiere desde el momento en que es concebido y se pierde con la muerte.
- La capacidad de ejercicio se adquiere con la mayoría de edad en pleno uso de sus facultades mentales. Consiste en hacer valer por sí mismo sus derechos y cumplir con sus obligaciones.

La ley señala como incapacitados a los menores de edad que no están emancipados, y a los adultos que por cualquier razón tengan una limitación, o alteración en la inteligencia y esto les provoque que no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.

En el caso de las personas morales<sup>[6]</sup>, para que sea válido los compromisos, su representante deberá acreditar su personalidad conforme lo señalado en las escrituras constitutivas, estatutos y demás disposiciones jurídicas de la persona moral.

### **III. FORMA**

Este es un criterio para clasificar los contratos, del cual se desprenden tres tipos de contratos: los consensuales, formales y solemnes. Para efectos de este tema, los contratos informáticos se pueden clasificar como formales en virtud de que se caracterizan por requerir que el consentimiento debe manifestarse por escrito, de tal manera que su incumplimiento provocará que el contrato no sea válido. De tal forma que todas aquellas personas que participen en un contrato deberán firmar los documentos. Aplica de manera análoga cuando se utilicen medios electrónicos, ópticos siempre y cuando la información sea íntegra y pueda consultarse posteriormente.

### **IV. AUSENCIA DE VICIOS**

Al señalar que la conducta no tenga ningún vicio, se hace referencia a que esta debe expresarse de manera libre y conciente, de tal forma que el consentimiento debe estar libre de:

- Mala fe. Uno de contratantes disimula un error una vez conocido y no lo informa al otro contratante.
- Violencia. Para obtener el consentimiento se emplea la fuerza física o amenazas que pongan en peligro perder la vida, honra, libertad, salud, o una parte significativa de los bienes del contratante, su esposa o familiares cercanos.
- Error. Falsa idea que se tiene sobre una cosa.
- Dolo. Una de las partes tenga una falsa apreciación inducida o mantenida por un artificio o sugestión.

Se ha comentado que los contratos informáticos no están regulados por la Ley, es decir, son atípicos y que se rigen conforme los principios generales, los cuales de manera breve se han expuesto, y en su caso retomar las normas jurídicas aplicables a otros contratos nominados, siempre y cuando sean análogos, bajo este concepto, adicionalmente es recomendable incluir los siguientes puntos:

- Formas de extinguir las obligaciones: Entrega del bien o servicio en los términos acordados, condiciones y términos del pago, causales de rescisión y terminación anticipada.
- Regulación de la propiedad intelectual. Definición de los Derechos de autor y propiedad industrial. En este punto en particular nuevamente la informática ha repercutido en el ámbito jurídico, al regular a los programas de cómputo y las bases de datos mediante la Ley Federal del Derecho de Autor.
- Tratamiento de información confidencial. Proteger aquella información que por su importancia debe de ser tratada como reservada o con especial énfasis en no revelarla a terceros, por ejemplo: manejo de datos personales.
- Resolución de conflictos. Es recomendable incluir una amigable composición entre las partes como una primera forma de resolver alguna controversia
- Vigencia de los compromisos. Señalar en que tiempo deberán cumplirse con las obligaciones pactadas por los contratantes.
- Cláusulas penales. Incluir alguna sanción o castigo para el caso de incumplimiento de alguna de las obligaciones pactadas.

La incorporación de estas cláusulas es importante, sin embargo aún no es suficiente para responder a la pregunta planteada inicialmente referente a integrar las cuestiones técnicas informáticas a un contrato, es por ello que como un segundo paso es necesario analizar al contrato como una norma jurídica individualizada.

#### **4. CONTRATO COMO NORMA JURÍDICA INDIVIDUALIZADA.**

Retomando las aportaciones del jurista mexicano Rojina Villegas, es viable analizar el contrato como una norma individualizada entre las partes, suscitada como producto de la negociación; de tal manera que un contrato bajo esta óptica se circunscribe en cuatro ámbitos:

- a) MATERIAL. Se determina la autonomía de la voluntad de los contratantes, es decir, se les faculta para establecer los compromisos y obligaciones que ellos mismos determinen, siempre y cuando no sean contrarios a las normas establecidas por la ley.

b) **ESPACIAL.** En un contrato es importante determinar el territorio durante el cual tendrá alcance una norma jurídica, es decir, sobre las disposiciones legales de un lugar específico se aplicarán al acto jurídico, sobre todo al momento de resolver una controversia. (es importante hacer notar que en dos Entidades no se aplican los mismo criterios a un acto jurídico en concreto)

c) **TEMPORAL.** La gran totalidad de los contratos, restringen el tiempo durante el cual los sujetos quedarán obligados al cumplimiento de ciertas obligaciones, ya que no pueden quedar eternamente obligados.

d) **PERSONAL.** Se establece por medio del contrato si el contenido del mismo afectará solo a los contratantes o tendrá alguna implicación con terceros.

Analizando el ámbito espacial, se observa que es posible que las partes que intervienen en la generación de obligaciones y derechos, puedan ir más allá de la ley, siempre y cuando sus compromisos no sean contrarios a derecho. Este punto es conocido como el principio “pacta sunt servando”, el cuál significa que lo pactado entre las partes obliga.

Incluso es acogido en el Código Civil Federal en su artículo 1839 el cual señala textualmente

*“Los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes; pero las que se refieran a requisitos esenciales del contrato, o sean consecuencia de su naturaleza ordinaria, se tendrán por puestas aunque no se expresen, a no ser que las segundas sean renunciadas en los casos y términos permitidos por la ley”.*

Ahora bien, si mediante este principio es posible subsanar en los contratos innominados la falta de regulación de la ley, pero resulta complicado el panorama al establecer que elementos técnicos deben ser incorporados, para ello es necesario atender a las fuentes del derecho.

En este orden de ideas, es importante definir el concepto de “fuente”, y se entiende como aquello que da pauta para el nacimiento, el surgimiento de algo. Bajo una óptica jurídica, se refiere a aquellos factores que posibilitan el surgimiento de normas jurídicas. Existen tres tipos de fuentes:

- Fuentes formales: se refieren a sí mismas como el marco jurídico positivo, las leyes vigentes.
- Fuentes históricas: se refieren a la normatividad antigua que muestra la forma de pensar de un pueblo en una determinada época.
- Fuentes materiales: son los elementos que se presentan cotidianamente en la interacción entre los hombres, la región o demarcación territorial, los usos, la costumbre, ideas políticas y/o morales, entre otros.

Considero importante retomar el papel de las fuentes reales, aunado al ámbito “espacial” del contrato considerándolo como una norma individualizada.

## **5. FUENTES FORMALES**

Para poder incorporar fuentes reales en un contrato informático, es importante tomar como referencia los diferentes elementos técnicos que determinan las mejores prácticas en el plano internacional en materia de tecnologías de información y telecomunicaciones, tales como: PMBOK (Project Management Body of Knowledge), COBIT (Control Objectives for Information and related Technology), ITIL (Information Technology Infrastructure Library); allegarse de normas ISO para la implementación de redes, centros de cómputo, sistemas de gestión de seguridad, metodologías de ingeniería de software, sólo por mencionar algunos ejemplos, las normas oficiales mexicanas, como el caso de la Norma Oficial Mexicana “NOM-151-SCFI-2002, Prácticas comerciales-Requisitos que deben observarse para la conservación de mensajes de datos”.

Al analizar cada uno de estos elementos arrojará información importante que se pueden traducir en fuentes reales para incorporarlas en el contenido de un contrato, tales como: administración de proyectos, metodologías para el desarrollo de software, implantación de procesos, elementos cuantitativos y cualitativos de un bien o servicio informático.

Realizar esta adecuación, implica necesariamente la participación de un experto en el área de acuerdo al servicio o bien que será objeto del contrato, así como la intervención de las personas o áreas que lo solicitan, incorporando por una parte los principales hitos de un proyecto, las necesidades reales de los usuarios, y/o los elementos técnicos que nos permitan evaluar el bien o servicio en mención. Para poder incorporar la información técnica al contrato como una *norma individualizada*, pueden esgrimirse incluyendo en el contrato los siguientes puntos retomados de las “*buenas prácticas*” que inciden al ofrecer un bien o servicio informático:

- Tiempo para corregir anomalías o defectos en software desarrollado a la medida (garantía).
- Administración y Validación de Información
- Administración de proyectos
- Adherencia a estándares Internacionales
- Metodologías para el desarrollo software
- Exclusiones del proyecto
- Precondiciones
- Responsabilidad de cada una de las partes de mantener controles de seguridad en su información (uso de antivirus).
- Accesos autorizados a Bases de Datos en ambientes controlados.
- Conservación y publicación de información electrónica.

La inclusión puede realizarse en cláusulas particulares a cada uno de los puntos señalados, en el mismo objeto o alcance del proyecto o incluso en Anexos Técnicos que

nos establezcan los criterios necesarios para una adecuada y pormenorizada definición del proyecto.

Es de esta forma como se puede responder la pregunta planteada de cómo amalgamar ambos conocimientos (jurídico e informático), de tal forma que se puede responder que si es posible incorporar éstos en un contrato informático, con los elementos expuestos con antelación bajo dicha metodología.

Tal vez como tema adicional, surja la interrogante si sería conveniente o no reformar el Código Civil Federal para reconocer este tipo de contratos, y con ello propiciar elementos normativos mínimos que propicien obligaciones y derechos equitativos, de la forma en como lo hacen los contratos nominados, sin embargo, es un tema que genera controversias respecto la factibilidad e importancia, además de que se vislumbra lejana dicha reforma, razones por las cuáles este considero que trabajo permite bajo un análisis jurídico establecer condiciones que permitan a los contratantes subsanar algunas de las lagunas existentes en la misma normatividad.

### **Notas**

1. Las principales causas de fracaso en los proyectos a nivel global son malas estimaciones y plazos no cumplidos así como cambios en el alcance de acuerdo a “Boosting Business Performance through Programme and Project Management\*” PricewaterhouseCoopers.
2. Definición obtenida del Artículo 7 frac. VII de la Ley de Información Estadística y Geográfica.
3. Un ejemplo de este punto son compraventa o donación de un equipo de cómputo.
4. Definición de **obligación**: es el vínculo jurídico mediante el cual dos partes (acreedora y deudora) quedan ligadas, debiendo la parte deudora cumplir con una prestación objeto de la obligación
5. Existen diferentes clases de obligaciones de dar: 1) Traslativas de dominio, 2) Traslativas de uso, 3) Traslativas de restitución de cosa ajena y 4) Pago de cosa debida.
6. Es un conjunto de personas físicas, que se unen para un fin común.

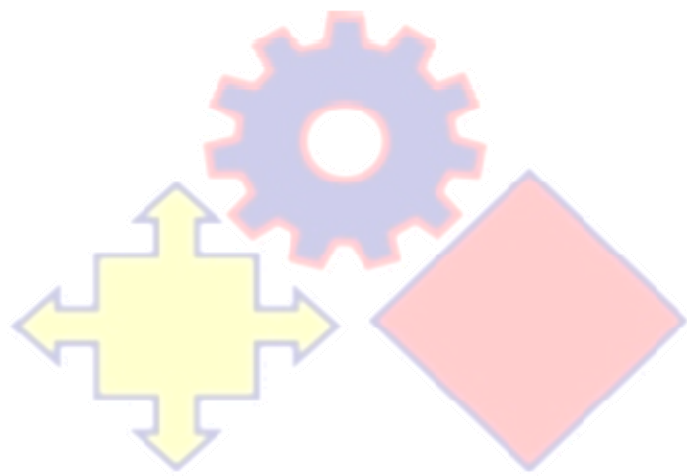
### **BIBLIOGRAFÍA**

**Téllez Valdez, Julio, “Derecho informático”, Editorial McGraw Hill, México 2002.**

**Davara Rodríguez, Miguel Ángel, “Manual de Derecho Informático” 9ª ED. Editorial Aranzadi, S.A.**

**Rojina Villegas, Rafael, “Derecho Civil Mexicano”, Tomo IV, Editorial Porrúa, México 2001.**

**Alejandro Loredo A. "Contratos Informáticos y Telemáticos, Comercio Electrónico, y su regulación en la Ley Mexicana**



*i*Develop