

XIII. CONTRATOS INFORMÁTICOS	95
A. Generalidades	95
1. Antecedentes y evolución	95
2. Principales implicaciones	96
B. Caracteres particulares	96
1. Partes	96
a) Proveedores	97
b) Usuarios	97
2. Tipos de contratos	98
3. Contenido del contrato (cláusulas)	98
4. Diferentes etapas contractuales	100
C. Riesgos informáticos y su aseguramiento necesario	101
D. Situación nacional	101

XIII. Contratos informáticos

A. GENERALIDADES

A continuación procederemos a proveer algunos elementos importantes y de índole general en torno al tema de los contratos informáticos.

1. Antecedentes y evolución

Los contratos informáticos surgen ligados a la inminente comercialización de las computadoras. En un principio, éstas se empleaban, según hemos dicho, en el ámbito científico y militar y posteriormente fueron introducidas en el ámbito de los negocios. Esto originó su rápida comercialización y, por ende, la proliferación de contratos en materia informática, cuya redacción significó una notoria diferencia respecto a lo que podríamos considerar como contratos “clásicos” en función de su alta tecnicidad.

En un principio este tipo de contratos se englobaba en uno solo, lo que provocaba ambigüedad en los mismos, favoreciendo la práctica comercial de monopolios en detrimento de la libre concurrencia de los mercados, lo cual incluso provocó el seguimiento de un juicio antimonopólico en contra de la compañía IBM, bajo el amparo de las leyes Sherman y Clayton.

Todo esto dio como resultado una diversificación contractual conocida con el anglicismo de *unbundling*, que consiste en hacer una contratación por separado respecto de los bienes y servicios informáticos, lo cual trajo como consecuencia la creación de mercados muy diversos, surgiendo empresas especializadas en cada una de las vertientes informáticas, tanto en la construcción y venta de equipos como en la prestación de servicios como mantenimiento, programación, asistencia técnica, etcétera.

Lo cierto es que este tipo de contratos han evolucionado paralelamente con el avance tecnológico, mas no así a la par del Derecho.

2. Principales implicaciones

De entre las principales implicaciones producidas por este tipo de contratos tenemos un desequilibrio notorio entre las partes provocado por el mayor y mejor conocimiento de los elementos fundamentalmente técnicos por cuanto toca al proveedor, aparejado esto a la situación desfavorable de los usuarios, quienes se ven por lo general obligados a aceptar las condiciones contractuales (cláusulas) impuestas por el proveedor, en razón de sus necesidades de informatización.

Dicha problemática se acentúa por las ambiciones desmedidas de los proveedores, quienes, con objeto de rentar o vender equipos y/o programas o prestar servicios, en muchas ocasiones crean necesidades u ofrecen bienes o servicios que realmente no corresponden a lo requerido.

Para evitar este tipo de situaciones (desequilibrio, alta tecnicidad, obscuridad de las cláusulas, etcétera) es conveniente que el usuario se introduzca en el conocimiento de los aspectos técnicos elementales apoyándose preferiblemente en la opinión de expertos, a fin de percibir de manera más adecuadamente las eventuales implicaciones en este tipo de contratos.

Por otra parte, la redacción debe estar en términos jurídicos y técnicos con la precisión debida (castellanización, citas de artículos, inclusión de glosarios y anexos, etcétera) a efecto de evitar malentendidos y dar más claridad a la relación contractual.

B. CARACTERES PARTICULARES

Toca en turno mencionar brevemente algunas de las características particulares más importantes que resaltan en este tipo de contratos: partes, categoría, contenido y etapas.

1. Partes

Recordemos que los contratos son el acuerdo de dos o más voluntades para crear, transferir, modificar o extinguir derechos u obligaciones,⁹⁴ y que en toda relación contractual encontramos uno o más sujetos activos y pasivos, quienes deberán cumplir con sus obligaciones, o en su caso exigir los derechos derivados de esa concertación.

Pues bien, los contratos informáticos en cuanto a este respecto no son la excepción, por lo que las partes que intervienen también son sujetos de derechos y obligaciones, y son catalogados en forma general bajo las consideraciones de proveedores y usuarios. Hablemos de ellos.

⁹⁴ Artículo 1792 del Código Civil mexicano

a) Proveedores

Son aquellos encargados de proporcionar un bien o un servicio y son fundamentalmente los constructores, distribuidores y vendedores de equipos, así como los prestadores de servicios informáticos. Algunas de sus principales obligaciones y derechos son los siguientes:

- Salvaguardar los intereses de su cliente, así como proporcionarle consejo e información.
- Cumplir con los términos de entrega o prestación del servicio.
- Garantizar sus productos y servicios.
- Realizar de manera conveniente el estudio de viabilidad en caso de serle solicitado.
- Actuar con probidad y buena fe frente a los intereses del usuario.
- Recibir el pago por la prestación realizada.

A este respecto, cabría mencionar que no todos los proveedores informáticos se sujetan a estos lineamientos, por lo que en muchas ocasiones se suscitan conflictos con la contraparte.

b) Usuarios

Son aquellos que reciben la prestación de dar o hacer por parte de los proveedores y están constituidos por el sector público y privado en sus diferentes niveles. Entre sus derechos (y también obligaciones) destacan los siguientes:

- Informarse adecuadamente respecto a las implicaciones generadas por la firma de este tipo de contratos.
- Determinar de manera precisa sus necesidades susceptibles de automatización, así como sus objetivos.
- Capacitar apropiadamente a su personal respecto al bien o servicio informático a recibir.
- Aceptar y recibir la prestación requerida siempre que esté dentro de los términos pactados.
- Respetar los lineamientos expuestos por el proveedor con respecto al modo de empleo del material o los programas de cómputo.
- Pagar el precio convenido según las modalidades fijadas entre las partes, etcétera.

Cabe destacar que en algunas ocasiones los usuarios no cumplen adecuadamente con sus obligaciones, por lo que el contrato no llega a darse por ambas partes dentro de los términos más deseables.

2. Tipos de contratos

Aquí tenemos que existen, en cuanto al tipo de prestación a realizar u objeto, dos tipos de contratos informáticos fundamentales: aquellos referidos a los bienes (equipos periféricos, dispositivos, etcétera) y aquellos referidos a los servicios (asistencia, formación, mantenimiento, programas, etcétera).

Dichas prestaciones son pactadas bajo las consideraciones de las categorías jurídicas contractuales más conocidas, como es el caso de la compraventa, arrendamiento, prestación de servicios, o de aquéllas no tanto, como es el caso del arrendamiento con opción a compra, también conocido por el anglicismo de *leasing*.

Técnicamente, hay una serie de modalidades dependiendo de que se trate de bienes o servicios informáticos, por lo que consideramos importante expresar, aunque sea sólo en forma enunciativa, algunos de los principales tipos de contratos de acuerdo con esta naturaleza:

- Contratos de material o de sistema.
- Compatibilización de equipos y programas.
- Servicios y aprovisionamiento de refacciones.
- Contratos de programa-producto.
- Adquisición de programas.
- Licencia de uso de programas.
- Desarrollo de programas.
- Análisis y tratamiento de datos.
- Contrato de mantenimiento.
- Contrato de asesoría.
- Contrato de formación o capacitación, etcétera.

Algunas de las inconveniencias suscitadas por esta diversificación contractual son que en algunas ocasiones se tienen que pactar dichos contratos con proveedores diversos, por lo que el fenómeno de dependencia se desconcentra, pudiendo provocar variantes inadecuadas dentro de la buena marcha de las diferentes actividades informáticas.

3. Contenido del contrato (cláusulas)

Estos contratos, al igual que otros tantos, deberán estar forzosamente integrados por aquellas consignas (entiéndase cláusulas) que darán estructura particular a aquella fuente de derechos y obligaciones derivada en un carácter general del convenio pactado de manera bilateral. Algunos de los elementos que resaltan en este tipo de contratos son los siguientes:

a) *Objeto*. Es decir, las modalidades de los derechos y obligaciones respecto a los bienes o servicios informáticos.

b) *Duración y rescisión*. O sea, el término de vigencia del contrato, el cual podrá verse interrumpido en caso de transgresión de cláusulas por alguna de las partes.

c) *Precio*. Caracterizado por ser justo, verdadero y en dinero.

d) *Facturación y pago*. Los cuales tendrán lugar de manera acorde con las consignas particulares establecidas por mutuo acuerdo.

e) *Control, supervisión y acceso*. Los cuales recaerán en la responsabilidad de los usuarios a fin de que las actividades informáticas se den en las condiciones más favorables sin injerencias internas o externas inadecuadas.

f) *Asistencia y formación*. Todo esto a fin de que las mencionadas actividades informáticas se den en los términos más atinentes, evitando de esta manera probables actitudes negligentes o impropias por falta de un conocimiento técnico pertinente por parte del usuario.

g) *Propiedad de los programas*. Sin lugar a dudas, uno de los aspectos más controvertidos en virtud de la ausencia de un adecuado régimen regulador respecto a los programas de cómputo.⁹⁵

h) *Protección material de la información*. Esto en el caso de aquella información propiedad del usuario que esté bajo resguardo del proveedor a fin de desarrollar un programa.

i) *Secreto y confidencialidad*. Esto en cuanto a las informaciones que se provean ambas partes con motivo de la celebración del contrato.

j) *Responsabilidad y garantías*. Entendiendo por responsabilidad a aquellas obligaciones inherentes a la firma de un contrato, en este caso informático. Así por ejemplo tenemos a las referidas a la seguridad material del equipo, reparación del sistema, pago de daños y perjuicios, etcétera y, por otra parte, las garantías, como las obligaciones pactadas a efecto de asegurar el goce o disfrute de una cosa, en este caso un bien o servicio informático; así, tenemos a las de conformidad, buen funcionamiento, contra vicios ocultos y de evicción.

k) *Disposiciones generales*. Tales como la no credibilidad de las obligaciones, preeminencia del contrato sobre otros documentos, incumplimiento del contrato en caso de nulidad, necesidad de anexos, etcétera.

l) *Cláusulas diversas*. Son aquellas que se refieren a un concepto en especial y que las partes convienen en insertarlas para una mejor relación contractual. Muchas de estas cláusulas en realidad son limitativas si no es que excluyen de responsabilidad a los proveedores, por lo que éstos tienen especial cuidado en incluirlas en este tipo de contratos, para favorecer de esta manera a sus intereses.

⁹⁵ Ver *supra*, capítulo XII en su totalidad, así como obra personal ya citada sobre el tema.

4. Diferentes etapas contractuales

Es importante considerar que este tipo de contratos, a fin de que tengan un “desenlace” adecuado, requieren pasar por diferentes etapas, de entre las que se distinguen aquéllas de carácter previo a la firma del contrato, así como de otras tantas como son las de recepción, verificación y conformidad respecto a la prestación recibida.

Con relación a las llamadas relaciones precontractuales, tenemos que éstas pueden dar la pauta para que el establecimiento de las relaciones contractuales propiamente dichas, surgidas a raíz de la firma del contrato, se den en los términos más adecuados. Así, los llamados estudios previos o de oportunidad como aquéllos realizados por los usuarios con apoyo en la opinión de expertos, permiten precisar la existencia o no de una necesidad de informatización, proporcionando los elementos pertinentes para la oferta de bienes o servicios más adecuados por parte de los proveedores, permitiendo al usuario una ponderación y elección derivada sobre bases objetivas.

Por otra parte, en el estudio de viabilidad realizado por el proveedor a instancias del usuario, se le da a este último un cuaderno de cargos a efecto de que lo llene de la forma adecuada y permita al proveedor (siempre que actúe honestamente), ofrecer aquellos bienes o servicios que realmente satisfagan las necesidades de automatización del usuario (si es que las hubiere).

Derivado de lo anterior, el usuario contará normalmente con los elementos más insignificantes hacia una elección acertada, a pesar de que ésta se supedite, en última instancia, a una serie de factores.

Es conveniente entonces que el usuario, antes de hacer su elección, evalúe aspectos tales como la clase de bien o servicio que desea recibir, costos, eficiencia, rapidez, condiciones de instalación y mantenimiento, rentabilidad, etcétera. De una adecuada ponderación se infiere una elección acertada, la cual dará lugar después a la firma del contrato en el que se formalizará o perfeccionará propiamente la relación contractual y en el que los contratantes aceptan de manera específica las condiciones establecidas externando su voluntad de obligarse al cumplimiento del contrato mediante el estampamiento de su firma. Este acto da inicio a las etapas subsecuentes, como lo son, en el caso de equipos informáticos, a la entrega e instalación (generalmente pactado en un plazo de treinta a sesenta días posteriores a la firma del contrato), así como la recepción y eventual aceptación por parte del usuario en caso de buen funcionamiento y afinidad a los lineamientos planteados, todo esto con sus respectivas modalidades en caso de tratarse de otros bienes o servicios informáticos y siempre bajo los cánones de las garantías y responsabilidades inherentes al contrato en cuestión.

C. RIESGOS INFORMÁTICOS Y SU ASEGURAMIENTO NECESARIO

Los riesgos, como la incertidumbre o probabilidad de que ocurra o se realice un suceso inesperado, pudiendo estar éstos previstos, bien pueden manifestarse respecto a los equipos informáticos, programas, centros de cómputo, archivos, información, etcétera, y aun con relación a la responsabilidad civil que estos ocasionen frente a terceros con motivo de la prestación de un servicio informático.

Los riesgos informáticos no constituyen por sí mismos una figura jurídica especial, probablemente debido a su complejidad, aunque en función de su magnitud no dudamos que ameritan un tratamiento pormenorizado en ordenamientos existentes o aquellos provistos por el mismo Derecho de la informática.

Algunos de los principales riesgos de este tipo son aquéllos referidos a los proyectos informáticos, instalación de equipos (incendio, fugas de agua, destrucción, etcétera), archivos y programas (robo, destrucción negligente o intencional), pérdidas económicas con motivo de desperfectos del equipo, responsabilidad civil respecto a terceros, etcétera.

Ante esta situación, es conveniente apoyarse en información estadística a fin de evaluar este tipo de riesgos en cuanto a su probable verificación, previsión o disminución de efectos.

Estos riesgos, además de las medidas preventivas que pudieran llegar a adoptarse, es conveniente que sean objeto de aseguramiento a fin de protegerse contra los acentuados perjuicios financieros que éstos puedan traer consigo, por lo que es urgente la elaboración de pólizas expreso que contemplen este tipo de riesgos.

D. SITUACIÓN NACIONAL

El problema que suscitan los contratos informáticos no es objeto de un tratamiento adecuado en nuestro país actualmente. Si bien la administración pública dispone de infraestructuras normativas, técnicas y legales que son, en apariencia, mínimas para establecer los términos de una adecuada contratación de bienes y servicios informáticos (es importante mencionar que el sector público, y en especial a raíz de la nacionalización de la banca, es el principal usuario informático en el país) y que incluso existe la Dirección General de Política Informática dependiente del INEGI, que tiene como unas de sus funciones principales la dictaminación, y en su caso aprobación, para la adquisición, arrendamiento o prestación referida a bienes y servicios informáticos. Resulta, sin embargo, poco eficaz en la práctica en virtud de la inoperancia de los llamados "contratos tipo", así como las inadecuadas elecciones en los concursos en que se evalúan las ofertas de los principales proveedores informáticos.

Por otra parte, los particulares y empresas pequeñas, quienes generalmente no disponen de un soporte y apoyo técnico adecuado hacia la elección de un bien o servicio informático, se hallan frente a una verdadera situación de adversidad frente a los proveedores, acentuada aún más por el hecho de que la administración pública no les ofrece un respaldo adecuado, a no ser la presentación de quejas frente a la Procuraduría Federal del Consumidor.⁹⁶

Es importante una reestructuración respecto a la política gubernamental sobre este punto, así como una depuración equitativa de esta materia, tal como se viene dando en aquellos países que, si bien con un nivel de informatización más pronunciado, ofrecen por lo mismo una serie de elementos, los cuales debidamente capitalizados permitirían disponer de un panorama prospectivo más prometedor.

⁹⁶ Ver la Ley Federal de Protección al Consumidor en aquello que sea conducente.