

## CAPÍTULO II

### CONTRATOS INFORMÁTICOS

#### A. GENERALIDADES

Es cierto que los centros informáticos tienen varias funciones como aquellas relativas al procesamiento de datos y la entrega de resultados veraces y oportunos para la toma de decisiones; pero eso no es todo, también se realizan estudios previos a fin de satisfacer los requerimientos de equipo y materiales que dichos centros exigen para su adecuado funcionamiento, así como para satisfacer las necesidades de los usuarios. Para que se dé dicha situación, los centros informáticos se ven precisados a establecer contratos con las empresas proveedoras de bienes y servicios informáticos en aquello que se ha tenido a bien en llamar los "contratos informáticos".<sup>3</sup>

Ahora bien, cabe mencionar que los bienes y servicios informáticos no dejan de ser el "producto" de una "transferencia tecnológica" originaria de los países altamente industrializados, provocando una marcada relación de dependencia en relación a los países en desarrollo.

Por contratos informáticos podemos entender todo acuerdo de partes en virtud del cual se crean, conservan, modifican o extinguen obligaciones relativas a los sistemas, subsistemas o elementos destinados al tratamiento sistematizado de la información.

Para tal efecto se han establecido dos criterios básicos como lo son el funcional en el que las prestaciones se relacionan con el tratamiento sistematizado de la información y el estructural en el que las prestaciones se relacionan con el equipo físico, el soporte lógico, la organización, la información, los suministros, la interacción de los elementos

<sup>3</sup> Al efecto ver el artículo con el mismo nombre publicado por el autor de estas líneas en el *Anuario Jurídico* 1987, núm. XIV, pp. 257 a 274, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1988.

anteriores con el medio ambiente y los elementos o relaciones que integran los sistemas.

La importancia de dichos contratos estriba en que ante las lagunas y falta de certeza que presenta el derecho civil contractual, la redacción y negociación de estos contratos se ha convertido en la única "oportunidad" de que las partes se dicten sus propias normas con el grado de precisión que requieren las circunstancias (a pesar de las variadas dificultades que ella puede representar según veremos posteriormente). Esta situación no se encuentra tan marcada como en otro tipo de contrataciones que llevan a cabo otros sectores que cuentan con legislación, jurisprudencia, costumbre y doctrina en grado suficiente como para integrar los casos no previstos e interpretar las cláusulas equívocas.

Tan importantes y especiales son los contratos informáticos que las grandes empresas norteamericanas en su calidad de proveedoras o usuarias suelen tener un área específica integrada por equipos interdisciplinarios de informáticos, contadores y abogados para la redacción y negociación de dichos contratos; sin embargo, en nuestro país aún no se les ha atribuido la debida importancia.

## B. REDACCIÓN

La existencia de sistemas destinados al tratamiento automatizado de la información es el hecho técnico que da fundamento a los llamados "contratos informáticos", ya que se trata del concepto principal que permite predicar la unidad de la nueva rama frente a la multiplicidad aparente de los fenómenos jurídicos que la integran.

La práctica comercial de contratar por separado las prestaciones informáticas no debe hacer perder de vista el enfoque esencial que permite contemplar en su verdadera dimensión a los contratos de bienes y servicios informáticos consistente en tener siempre presente que el objeto de éstos son los sistemas informáticos, subsistemas o elementos en interacción entre sí y con el medio ambiente.

Cuando se contratan por ejemplo bienes informáticos, sea en conjunto o por separado, se debe ser explícito en cuanto a la interacción anteriormente mencionada, de tal manera que cumplan con la función instrumental para la que fueron diseñados de acuerdo con sus respectivas especificaciones técnicas en el contexto de la finalidad concreta a la cual se destinarán en el sistema informático al que serán integrados como partes componentes.

Por eso cabe afirmar que en la experiencia jurídica, además de la tipicidad legal de algunos contratos como la compraventa, etcétera, existe también la tipicidad consuetudinaria de los contratos de equipos, soporte lógico, desarrollo de sistemas, etcétera, ya que se plantea una serie de problemas recurrentes que exigen soluciones repetitivas y adecuadas, es decir "típicas", que sólo adquieren pleno sentido cuando se les contempla bajo la perspectiva del sistema informático.

A fin de evitar sorpresas desagradables, los contratos informáticos deben contener en forma explícita y precisa, elementos generales tales como el objeto (creación y transmisión de derechos y obligaciones respecto de los bienes y servicios informáticos), duración y rescisión, precio, facturación y pago, garantías y responsabilidades y disposiciones generales.<sup>4</sup>

Mención especial en este rubro merecen las llamadas garantías (obligación inherente a una persona de asegurar a otra el goce de una cosa o derecho, de protegerla contra un daño o de indemnizarla en caso de determinados supuestos). Estas cláusulas señalan la manifestación de compromiso fundamentalmente de los proveedores, aunque en nuestro ámbito contractual en la mayoría de las ocasiones se trata de cláusulas limitativas de responsabilidad que constituyen verdaderos contratos de adhesión.

Normalmente las garantías tienen su origen en el contrato, pero en caso de no estar estipuladas, se encuentran previstas por la ley bajo un carácter supletorio o imperativo, con la posibilidad por parte de los contratantes de ampliarlas, limitarlas o suprimirlas.

Las garantías más importantes de los contratos informáticos son las de *conformidad* por las cuales el proveedor se compromete a entregar al usuario aquello previsto en el contrato conforme a lo pactado por las partes (se refiere a una recepción y una aceptación parcial); la *de buen funcionamiento*, por la cual el proveedor se constriñe a mantener funcionando el equipo en forma adecuada durante un cierto tiempo (puede ser de seis a doce meses) luego del cual puede celebrarse un contrato de mantenimiento (se refiere a una aceptación total); la *garantía contra vicios*, la cual obliga al proveedor a una acción de saneamiento en caso de aparición de vicios ocultos y finalmente la *garantía de evicción*, referida a la obligación del proveedor a responder contra toda reivindicación por parte de terceros respecto a la propiedad industrial o intelectual de los materiales y/o programas provistos al usuario.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> *Ibid.*

Por otra parte, también tenemos a las llamadas responsabilidades, que son las que determinan el accionar de las garantías, como es el caso de la obligación de reparar el daño causado al contratante por la falta de ejecución del compromiso adquirido en los contratos informáticos; las responsabilidades más importantes son las referidas a la seguridad material del equipo y aquello concerniente a los daños causados por el material o el personal del proveedor. Lo anterior no exime a los contratantes de convenir otras cosas a manera de disposiciones generales.<sup>6</sup>

### C. ELEMENTOS ESPECÍFICOS

Es menester que en todo contrato informático sobre bienes y/o servicios se contemplen cláusulas referidas a aspectos tan importantes como son las definiciones, control, supervisión y acceso, asistencia y formación, secreto y confidencialidad, así como cláusulas diversas. Hablemos de ellas:

#### 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 aquellos que las partes pensaron haber suscrito.

Para atenuar dichas eventualidades es conveniente incorporar a los contratos un preámbulo, cláusulas o anexos que precisen o expliciten los términos técnicos fundamentales a través de definiciones simples, concretas y completas.<sup>7</sup>

#### 2. *Control, supervisión y acceso*

El usuario debe ejercer un estricto control y supervisión en el funcionamiento del equipo informático que adquiera, siendo conveniente

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> Existen diccionarios para que el usuario (y en su caso el jurista) conceptualice adecuadamente estos términos; sin embargo, en la mayoría de los casos prevalece la terminología extranjera, por lo que sería descabido "castellanizar" los vocablos informáticos a efecto de tener una mayor precisión.

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, como 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 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 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, eficientes programas de cómputo y personal debidamente capacitado.<sup>8</sup>

### 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.<sup>9</sup>

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

<sup>8</sup> Bertrand, A., *Contrats informatiques*, Paris, Services et Conseils, Ed. des Parques, 1983.

<sup>9</sup> Ver artículo 382 del Código Penal para el Distrito Federal.

## 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 de toda garantía en caso de intervención del usuario o de una tercera persona sobre el equipo informático. Esta cláusula es limitativa de responsabilidad.

### D. DIFERENTES PARTES

A continuación hablaremos de las partes que conforman la relación contractual de índole informática como lo son los proveedores y los usuarios.

#### 1. Proveedores

Son los fabricantes, distribuidores y vendedores de bienes informáticos, así como los prestadores de servicios informáticos. Sus principales obligaciones son las siguientes:

- 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<sup>10</sup> motivados por el retraso 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.

<sup>10</sup> Daño es la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio de una de las partes por el incumplimiento de una obligación por la otra. Perjuicio es la privación de cualquier ganancia lícita susceptible de obtenerse mediante el cumplimiento de una obligación.

- Debe garantizar los vicios ocultos que pudiera llegar a tener la prestación realizada conforme a los artículos 2142 y 2144 del Código Civil del Distrito Federal 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 con una asesoría y apoyo adecuados.

## 2. *Usuarios*

Son todas aquellas entidades (públicas o privadas) o individuos que requieren satisfacer determinadas necesidades a través de los bienes informáticos. Entre sus principales 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.
- Realizar la elección final de entre las ofertas que le presenten los proveedores, considerando los elementos de apreciación de orden financiero y técnico.
- Aceptar 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 del Distrito Federal.

## E. CLASIFICACIÓN

Los principales contratos informáticos asimilables dentro de las categorías jurídico-contractuales son los siguientes: compraventa, arrendamiento, arrendamiento con opción a compra de bienes informáticos, así como la prestación de servicios informáticos. Hablemos de ellos:

### 1. *Compraventa*

Se refiere a los equipos y suministros (componentes, accesorios, etcétera). Su esencia es similar a la de cualquier contrato de compraventa referido a otros bienes, sin embargo, reviste una serie de elementos peculiares que los tornan aún más complejos.

En este contrato informático se debe establecer en primer término que el proveedor venderá al usuario el material de acuerdo con 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, descripción, cantidad, precio de compra y cargo mensual de mantenimiento.<sup>11</sup>

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 específico 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 treinta días calendario consecutivos. Si después de sesenta 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.

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 podrán aplicarse los artículos 2119, 2120 y demás relativos del Código Civil del Distrito Federal. Es por ello que en el contrato

<sup>11</sup> El mantenimiento del equipo se establece generalmente en un contrato por separado.

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 clasificada 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 del contrato proporcionados al usuario. A este respecto, debe comprometerse al pago de daños y perjuicios.

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.

## 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 de compra, renta mensual y cargo mensual de mantenimiento.

Se deberá estipular la duración del contrato en los términos y condiciones 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 con ciertos estándares establecidos, debiendo proporcionar el arrendador documentos, formularios y publicaciones referentes a ese equipo de cómputo.

El arrendatario podrá cancelar cualquier unidad de equipo dando aviso al arrendador con treinta 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.

En el 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 y 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 envía 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.

### 3. *Arrendamiento con opción a compra*

Esta figura es una modalidad del contrato de arrendamiento muy empleado en materia informática y generalmente conocido bajo el

anglicismo de *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.

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.

#### 4.1 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 profesional a una persona llamada cliente, quien se obliga a pagarle una determinada retribución llamada honorarios.<sup>12</sup>

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".<sup>13</sup>

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.<sup>14</sup>

Centrándonos en el 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 coadyuvan de manera directa o indirecta al manejo de la

<sup>12</sup> Ver artículos 2142 y 2149 del Cód. Civil del D. F.

<sup>13</sup> Artículo 25 de la Ley General de Pensiones.

<sup>14</sup> Pina, Rafael de, *Elementos de derecho civil mexicano*, 2a. ed., México, Porrúa, 1976.

información estando su aplicación relacionada con la estructuración y composición de datos.<sup>15</sup>

Las partes en este contrato informático se denominan "proveedor", siendo aquel que presta el servicio (prestador) y que la mayoría de las veces son empresas de computación, así como el "cliente" o "usuario" (prestatario) siendo aquel que recibe el servicio y lo retribuye.

Como ejemplos de contratos de servicio informático cabe citar algunos como el de explotación de programas, 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.<sup>16</sup>

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.

## F. ETAPAS CONTRACTUALES

A fin de establecer un vínculo contractual más adecuado, en detrimento de eventuales dificultades, es conveniente que las partes contratantes estén debidamente compenetradas de los compromisos que pueden llegar a contraer. De aquí que en las siguientes líneas vayamos a hacer lo que consideramos una pertinente distinción entre las relaciones precontractuales y las relaciones contractuales propiamente dichas.

### 1. Relaciones precontractuales

Este tipo de relaciones se refieren al análisis, estudio y negociación previa a la firma del contrato y se establece a través de dos figuras fundamentales como lo son el estudio previo o de oportunidad y el estudio de viabilidad.<sup>17</sup>

El estudio previo o de oportunidad es el análisis que realiza el eventual usuario acerca de sus necesidades mediatas de informatización a efecto de que se evalúen las condiciones fundamentalmente técnicas

<sup>15</sup> Brandon, D. y Segelstein, S., *Data Processing Contracts*, Nueva York, Van Nostrand, 1976.

<sup>16</sup> De Champris, H., *La nature des contrats relatifs aux logiciels*, Bureaux de France, núm. 193, 1983.

<sup>17</sup> Al respecto sugerimos la lectura de la obra de Lamberteric, U., *Les techniques contractuelles suscitées par l'informatique*, Paris, CNRS, 1977.

y económicas que permitan una adecuada oferta de bienes o servicios informáticos por parte de los proveedores. Uno de los inconvenientes de dicho análisis es que el eventual usuario, en función de su evidente desconocimiento requiere de una asistencia técnica que en la práctica sólo podrá brindarle el mismo proveedor, quedando por tanto a expensas de "favoritismos" comerciales que dificultarían la elección.<sup>18</sup>

Otra figura es la del estudio de viabilidad, que es aquel realizado por el proveedor en el cual se precisan las aplicaciones informáticas hacia el eventual usuario, quien para ello deberá responder los cuestionamientos plasmados 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, no llega a realizar ofertas realmente satisfactorias.<sup>19</sup>

Infortunadamente, en nuestro medio no se le han 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 contractual, es decir, en la elaboración de los estudios de oportunidad y viabilidad, éstos tendrán importantes aplicaciones 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 como lo son:

- Una reflexión del usuario sobre la oportunidad y objetivos de automatización.

<sup>18</sup> Ver el estudio realizado por la Universidad de París (Nanterre), intitulado *Emergence du droit de l'informatique*, Éditions des Parques, París, 1983.

<sup>19</sup> El art. 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 a error sobre el origen, componentes, usos, características y propiedades de toda clase de productos o servicios".

- Un asesoramiento adecuado que luego del análisis de 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.

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 de los objetivos que se pretenden, inquirendo sobre el correcto fundamento de la informatización en un contexto general (tipo de actividad, organigramas, dificultades sociales, balances, disponibilidad, etcétera) así como los beneficios susceptibles de generarse mediante la automatización de la empresa.<sup>20</sup>

Se debe establecer el estado real de la empresa a fin de diagnosticar las necesidades reales en materia de informática y clasificarlas por orden prioritario fijando una gama de objetivos teóricos.<sup>21</sup>

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 hacia una acertada elección en el ámbito informático a pesar de que la elección esté 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 rapidez, condiciones de la instalación

<sup>20</sup> Smith, L., *Survey of Current Legal Issues Arising from Contracts for Computer Goods and Services*, Computer L. J., 1979.

<sup>21</sup> Waser, U., *Der computer war tugsvertrag*, schutes polygraphische verlag, Zurich, 1980.

y mantenimiento que se requerirá, las evoluciones posibles del sistema, 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 irrealidad entre lo requerido y lo ofrecido.

## *2. Relaciones contractuales propiamente dichas*

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

La fecha para la firma del contrato variará de acuerdo con lo que establezcan las partes. A este respecto, hay que hacer notar que para el proveedor será conveniente la realización de esta etapa lo más pronto posible a efecto de asegurar la operación, y por lo que toca al usuario, 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 de 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 treinta a sesenta días para la entrega del equipo.

Si este plazo no es respetado por razones tales como que el equipo no ha llegado del extranjero, 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, para lo cual es conveniente estipular en el contrato un término máximo razonable para que ésta se lleve a cabo

a lo que pensamos que quince días es un plazo razonable para que tenga lugar la instalación del equipo.

Asimismo, es conveniente para el usuario el 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 comprobar 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.

### G. PROBLEMÁTICA FUNDAMENTAL

La problemática fundamental de este tipo de contratos consiste en el desequilibrio notorio existente entre las partes en razón de que comúnmente el proveedor de bienes o servicios se vale de sus conocimientos técnicos sobre la materia y el correlativo desconocimiento por parte del usuario para imponer sus condiciones mediante una redacción contractual con términos pronunciadamente técnicos en detrimento de los elementos jurídicos, los cuales, en la mayoría de las ocasiones, son aceptados por los usuarios en razón de sus necesidades informáticas y su falta de adecuada asesoría técnica, convirtiendo a éstos en verdaderos contratos de adhesión.<sup>22</sup>

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 en cuanto a la falta de precisión en caracteres tan importantes como las garantías, responsabilidades, reparación del sistema, pago de daños y perjuicios, etcétera.<sup>23</sup>

De esta forma nos percatamos que los contratos informáticos ameritan un tratamiento pormenorizado, especialmente en cuanto a las diversas implicaciones hasta hoy desconocidas por el derecho tradicional a efecto de contemplar un régimen jurídico regulador efectivamente aplicable;<sup>24</sup> infortunadamente la problemática no se detiene hasta ahí...

<sup>22</sup> Linant, X., *L'informatique et le droit*, Paris, ed. P.U.F., Q.S.J., nº 1923, 1981.

<sup>23</sup> SPP, *La informática y el derecho*, México, INEGI, 1983.

<sup>24</sup> Sugerimos la lectura de mi obra anterior *Derecho informático*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1987.