

300607

6
2ej



UNIVERSIDAD LA SALLE

ESCUELA DE DERECHO
Con Estudios Incorporados a la U.N.A.M.

**“CONTRATOS INFORMATICOS, RIESGOS
Y SEGUROS”**

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
MARIA DE LOURDES ENRIQUEZ ROSAS



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

I N D I C E

INTRODUCCION 1

CAPITULO 1.
PRINCIPALES CARACTERISTICAS DE LOS CONTRATOS INFORMATI
COS.

1.1.	Generalidades	3
1.1.1.	Relaciones Precontractuales	4
1.1.2.	Definiciones	8
1.1.3.	Objeto	9
1.1.4.	Duración y Rescisión	9
1.1.5.	Precio, Facturación y Pago	11
1.1.6.	Control, Supervisión y Acceso	13
1.1.7.	Asistencia y Formación	13
1.1.8.	Propiedad de los Programas de Cómputo . .	14
1.1.9.	Protección Material de Datos	16
1.1.10.	Secreto y Confidencialidad	18
1.1.11.	Responsabilidad y Garantías	18
1.1.12.	Fuerza Mayor	19
1.1.13.	Disposiciones Generales	20
1.1.14.	Cláusulas Diversas	20
1.2.	Las Partes: Sus Derechos y Obligaciones .	21
1.2.1.	Los Proveedores	22
1.2.2.	Los Usuarios	22
1.2.2.1.	Sector Público	24
1.2.2.2.	Sector Privado	25

CAPITULO 2.
CATEGORIAS APLICABLES A LOS CONTRATOS INFORMATICOS.

2.1.	De acuerdo a su Naturaleza Jurídica	27
2.1.1.	Contrato de Compra-Venta	29
2.1.2.	Contrato de Arrendamiento	33
2.1.2.1.	Contrato de Arrendamiento con Opción a Compra	36
2.1.3.	Contrato de Prestación de Servicios	37
2.2.	De acuerdo a su Naturaleza Técnica	39
2.2.1.	Los Contratos de Material o de Sistema	40
2.2.1.1.	Compatibilización de Equipos y Programas	42
2.2.1.2.	Servicios y Aprovisionamiento	43
2.2.2.	Los Contratos de Programa-Producto	43
2.2.2.1.	Adquisición de los Programas	44
2.2.3.	Desarrollo Particular de los Contratos de Software	46
2.2.4.	Análisis y Tratamiento de Datos	48
2.2.5.	Contratos de Mantenimiento	50
2.2.5.1.	Refacciones	51
2.2.5.2.	Recursos Humanos del Usuario	51

CAPITULO 3.
PROBLEMATICA CONTRACTUAL

3.1.	Desequilibrio entre las Partes.	53
3.1.1.	El Desconocimiento Técnico	54
3.1.2.	Las Lagunas Jurídicas	56

3.2.	Importancia que revisten las diversas etapas contractuales en la adquisición de un bien <u>Inf</u> o <u>r</u> mático.	57
3.2.1.	El Estudio de Oportunidad y el de Viabilidad	57
3.2.2.	La Elección	58
3.2.3.	La Firma del Contrato	59
3.2.4.	La Entrega y la Instalación	60
3.2.5.	El Funcionamiento y la Recepción	61
3.3.	Garantías	61
3.3.1.	Garantía de Conformidad	64
3.3.2.	Garantía de Buen Funcionamiento	65
3.3.3.	Garantía Contra Vicios	66
3.3.4.	Garantía de Evicción	67
3.4.	La Responsabilidad en los Contratos Informá- ticos	68
3.4.1.	Responsabilidad respecto a la Seguridad Mate <u>r</u> ial del Equipo	68
3.4.2.	Responsabilidad respecto a los daños causa- dos por el material o el personal del provee <u>d</u> or	69
3.4.3.	Reparación del Sistema	71
3.4.4.	Pago de Daños y Perjuicios	71

CAPITULO 4.
EL CONTRATO DE SEGURO.

4.1.	Antecedentes	74
------	------------------------	----

4.1.1.	Evolución Histórica del Seguro en México . . .	77
4.2.	Concepto	81
4.3.	Elementos Personales	82
4.3.1.	El Asegurador	82
4.3.2.	El Asegurado	83
4.3.3.	El Beneficiario	83
4.4.	Elementos Formales	84
4.5.	Elementos Reales	87
4.5.1.	Objetos Asegurables	87
4.5.2.	La Póliza	88
4.5.3.	La Prima	90
4.5.4.	El Riesgo	91
4.5.4.1.	Clasificación de los Riesgos	94
4.5.4.2.	Variación del Riesgo	95
4.6.	El Siniestro y sus consecuencias	96
4.7.	El Contrato de Seguro en el Derecho Positivo Mexicano	98
4.7.1.	Elementos Esenciales	99
4.7.2.	Elementos de Validez	102
4.8.	Características del Contrato de Seguro . . .	106
4.9.	El Reaseguro	107

4.10.	Tipos de Seguros	109
4.10.1.	Seguro de Daños en General	109
4.10.2.	Seguro de Daños en Particular	113

CAPITULO 5.
RIESGOS INFORMATICOS Y SU POSIBLE COBERTURA.

5.1.	Concepto de Riesgo Informático	126
5.1.1.	Tipos de Riesgos Informáticos	127
5.1.1.1.	Riesgos en los Proyectos Informáticos	127
5.1.1.2.	Riesgos de Instalación del Equipo	128
5.1.1.3.	Riesgos contra los Datos	128
5.1.2.	Métodos para evaluar los Riesgos Informáticos	129
5.2.	Necesidad de asegurar los Riesgos en Informática	129
5.3.	Medidas preventivas en cuanto al Centro de Cómputo	132
5.4.	Medidas preventivas en cuanto a los Archivos y Datos Informáticos	134
5.5.	Coberturas de Seguro aplicables en México	138
5.5.1.	Póliza de Seguro Múltiple para Empresas	139
5.5.1.1.	Seguro Contra Incendio	142
5.5.1.2.	Seguro de Responsabilidad General	145
5.5.1.3.	Seguro contra Robos	149

5.5.1.4.	Protección Gas Neón	152
5.5.1.5.	Seguro de Cristales	152
5.5.2.	Póliza de Seguro para Equipos Electrónicos .	153
5.5.3.	Póliza de Seguro de Transportes	156
5.6.	Proposición de un Seguro Exclusivo en Mate- ria Informática	158

CONSIDERACIONES FINALES	170
-----------------------------------	-----

BIBLIOGRAFIA	173
------------------------	-----

INTRODUCCION

Ante la ineludible progresión del fenómeno informático - social se ha suscitado una ascendente comercialización de los bienes y servicios derivados de esta nueva y creciente tecnología, propiciando a su vez la aparición de nuevas técnicas de control como lo son los llamados "Contratos - Informáticos". acepción sin duda novedosa asociada dentro de una disciplina igualmente reciente: El Derecho de la Informática.

Este tipo de contratos desprendidos esencialmente del Derecho Común Contractual, revisten sin embargo caracteres específicos muy marcados en la práctica, como lo son su alto grado de tecnicismo y por lo mismo, un evidente desequilibrio entre las partes, - por mencionar sólo algunos. De esta forma - podemos parcatarnos que esta nueva categoría contractual (tanto en lo técnico como - en lo jurídico) amerita un tratamiento pormenorizado, especialmente en cuanto a las diversas implicaciones hasta hoy desconocidas o parcialmente conocidas por parte del Derecho tradicional a fin de contemplar --

un régimen jurídico regulador efectivamente aplicable.

Por otra parte, y también aunados a este género de contratos, encontramos revestimientos muy acentuados que han provocado enormes pérdidas económicas como lo son los denominados "Riesgos Informáticos" directamente vinculados a la incertidumbre existente por las consecuencias de la posible realización de hechos y actos relacionados con los bienes y servicios informáticos, problemática seria y trascendente que bien amerita la aparición de figuras jurídicas acordes a sus matices como podrían ser los llamados "Contratos de Seguro".

Procedamos pues, no obstante las adversidades confrontadas, a desentrañar conjuntamente estas nuevas problemáticas de orden técnico - legal, proveyendo los elementos necesarios dirigidos hacia la identificación y solventación de éstas, demostrando asimismo, aún sin ser esto un objetivo sino una obligación, la imperiosa necesidad de actualización del Derecho Positivo frente a las repercusiones originadas por el incontenible avance de la tecnología en la sociedad.

CAPITULO 1

PRINCIPALES CARACTERISTICAS DE LOS CONTRATOS INFORMATICOS

1.1. GENERALIDADES.-

Los Contratos Informáticos fueron surgiendo ligados a la inminente comercialización de las computadoras (1). En un principio, las computadoras se utilizaban para fines científicos, al cabo del tiempo fueron introducidas en el terreno de los negocios, lo que originó su rápida comercialización, y por ende la aparición de este tipo de contratos (2).

La elaboración o redacción de éstos significó una notoria diferencia respecto a los contratos clásicos de adquisición o arrendamiento de bienes en función de su alta tecnicidad.

Desde sus inicios, la contratación de bienes y servicios de cómputo, se englobaba en un sólo contrato informático, lo que provocaba ambigüedad en los mismos favoreciendo la práctica comercial de monopolios en detrimento de la libre concurrencia de los mercados; todo ello dió lugar a reacciones antimonopólicas, como es el caso del juicio que se siguió en contra de la compañía I.B.M. al amparo de las leyes Sherman y Clayton (3).

- - - - -
- (1) Sambridge E., Purchasing Computers, Gower Press, 1977.-
 - (2) Gordon B. Davis, Introducción a las Computadoras Electrónicas, Editorial Continental, México 1969.-
 - (3) La concentración de Empresas produjo abusos por lo que se dictaron leyes norteamericanas Anti-Trusts (Sherman Act, Clayton Act 1871).

En virtud de lo anterior, se originó una diversificación contractual, conocida bajo el anglicismo de "unbundling" y consistente en separar la contratación del equipo de cómputo respecto de los programas y servicios informáticos con facturaciones en contratos diferentes (1). Todo esto motivó la creación de mercados muy diversos surgiendo empresas especializadas en cada una de las vertientes informáticas tanto en la construcción de equipo y su mantenimiento, como en la prestación de todo tipo de bienes y servicios informáticos, programación, asistencia, etc.

En sus inicios, la industria informática invertía más en el desarrollo de los equipos (Hardware) (2), esto fué variando paulatinamente (3) y en la actualidad se destinan más fondos a la creación y desarrollo de programas (Software) (4).

Este tipo de contratos evolucionaron paralelamente con el avance tecnológico con notorias carencias legales, provocando hoy en día una necesaria y adecuada intervención del Derecho para su regulación en vías de establecer una figura jurídica especial.

1.1.1. RELACIONES PRECONTRACTUALES.-

Este tipo de relaciones llamadas precontractuales, se refieren a aquellos análisis, estudios y negociaciones

- - - - -

(1) Sambridge E., op. cit.

(2) Partes mecánicas electrónicas o electromecánicas como estructura física, mediante la cual se accesa, procesa, almacena y obtiene información.

(3) Reporte Whitford, 1977, Comisión Esp. para el Reino Unido, Grover Press, Ltd.

(4) Estructura lógica que permite la ejecución de trabajos.

previas a la firma del contrato propiamente dicho los cuales derivan de la necesidad de informatización de una empresa o un particular, para lo cual recurren a proveedores de bienes o servicios informáticos.

Las partes que integran este proceso son el usuario o potencial adquirente y el proveedor o potencial oferente, -- quienes formalizando sus propuestas darán lugar a la concertación de un Contrato Informático.

Las relaciones precontractuales generalmente se derivan de 2 estudios, uno llamado previo o de oportunidad y el segundo denominado estudio de viabilidad.

El estudio previo o de oportunidad es un análisis que realiza el usuario acerca de su empresa, en el cual señala sus objetivos a través de identificación de necesidades medias y a largo plazo, calculando la rentabilidad del contrato informático acorde a los factores financieros y a las variables de orden humano, como son las aptitudes del personal y las posibilidades de reciclaje del mismo (1).

Es decir que se deben determinar las especificaciones operacionales del sistema al igual que su costo de procedimiento en análisis, programación, organización y formación del personal, todo lo anterior debe llevarse a cabo -- por un grupo de informáticos de la empresa asesorados por administradores o por empresas consultoras del ramo.

Una vez realizado el estudio previo o de oportunidad, el usuario lo debe dar a conocer para que las compañías pro-

- - - - -

(1) Bensoussan A. Y Salvator M., Risques Informatiques, -- Editions des Parques, París, 1983.

veedoras estén en posibilidad de determinar que tipo de material de servicio es el que pueden ofrecer para satisfacer esas necesidades informáticas (1).

Otra forma en que el usuario dá a conocer sus necesidades y objetivos, es mediante la presentación de un cuaderno de cargos dirigido a los constructores o distribuidores de bienes, o en su caso a los prestadores de servicios informáticos, este documento debe precisar con claridad los requerimientos del usuario a fin de diseñar un adecuado proyecto de automatización para su empresa. Al concluir el cuaderno de cargos, el usuario lo deberá presentar a varios proveedores quienes harán sus ofrecimientos que serán estudiados por los usuarios a fin de elegir la oferta que le sea más conveniente.

Suele suceder, que empresas pequeñas o usuarios particulares no lleven a cabo un estudio previo, ni hayan llenado un cuaderno de cargos y adquieran bienes o soliciten servicios informáticos sin saber que es lo que realmente necesitan o bien que estos no resuelvan sus problemas por lo que este tipo de relaciones precontractuales demuestran su significativa importancia.

Como se mencionó anteriormente existe otro estudio llamado de viabilidad, realizado por el proveedor o potencial oferente en el que se precisan las aplicaciones infor-

- - - - -

(1) Bertrand A. Contrats Informatiques, Services et/conseils, Editions des Parques, Paris 1983.

máticas enumerando las necesidades de la empresa, analizan-
do asimismo el plano técnico y de costos, así como el trabajo
en horas hombre (1).

Este estudio suele ser poco profundo y falto de objetividad,
ya que es difícil para el proveedor medir las necesidades -
reales del usuario lo que puede ocasionar desventajas para
este último.

Una vez terminado este estudio, el proveedor formula su ofreci
miento en función de los bienes o servicios informáticos
disponibles, y el usuario, según su conveniencia, lo acepta
o rechaza (2).

Cabe mencionar que cuando un usuario empieza a introducir
bienes y servicios a su empresa, debe seguir usando -
sus sistemas manuales durante un cierto tiempo, mientras el
sistema informático sea implementado.

Quando el proveedor utiliza el engaño publicitario -
para vender sus bienes o servicios informáticos y el usuario
se percata de ello, pensamos que bien podría recurrir a la
Procuraduría de Protección al Consumidor para ventilar este
tipo de situaciones (3), aún si la empresa proveedora fuera

- - - - -
- (1) De Lamberterie I, Les Techniques Contractuelles Suscites
Par e'Informatique, C.N.R.S., París 1977.
 - (2) La forma de trabajar de una empresa gubernamental es ex-
poner sus requerimientos públicamente convocando a un --
concurso de proveedores, quienes le presentan sus ofertas
para que realice la mejor elección.
 - (3) El art. 5 de la Ley Federal de Protección al Consumidor
señala que "Es obligación de todo proveedor de bienes o
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."

extranjera, ya que existe responsabilidad solidaria entre la casa matriz y sus filiales subsidiarias, sucursales y agencias.

Muchos usuarios invierten grandes sumas de dinero para llevar a cabo los estudios de oportunidad y viabilidad, a efecto de poder incorporar a sus actividades bienes o servicios informáticos ya que están conscientes que ello trae aparejado una mayor productividad y eficacia para cubrir sus necesidades. Sin embargo, una elección inadecuada puede ser contraproducente.

En las relaciones precontractuales predomina el carácter técnico, aunque existe una ingerencia jurídica específica, caso contrario de las relaciones contractuales en las que el ingrediente jurídico predomina o debe predominar sobre el técnico, tal y como lo veremos posteriormente.

1.1.2. DEFINICIONES.-

El ambiente informático es una fuente de ambigüedades para ciertos sectores en el sentido de que utiliza continuamente términos muy técnico a los cuales, tanto comerciantes como juristas y hasta los mismos expertos en informática llegan a atribuir contenidos diferentes (1). Por ello suele suceder que las partes que intervienen en un contrato informático corran el riesgo de comprometerse a obligaciones diferentes de aquellas que creyeron suscribir.

- - - - -

(1) Bigelow R. y Nycum S., Your Computer and the Law, Prentice Hall, N. J. 1975.

Para evitar dicha eventualidad o problemática, se puede proceder a incorporar en el contrato informático una cláusula que defina todas las palabras o términos clave utilizados, este clausulado puede insertarse después del preámbulo (1). Y por otro lado corresponde a las partes que intervienen en el contrato configurar un listado de términos más importantes y precisar de común acuerdo su sentido estricto y exacto (2), estas definiciones deben caracterizarse por ser simples, concretas y completas (3).

1.1.3. OBJETO.-

Los contratos informáticos tienen por objeto regular la creación y transmisión de derechos y obligaciones, respecto de los bienes y servicios informáticos (4). Es decir, regir conforme a derecho todas las relaciones contractuales -- que se generen como la compra-venta de servicios de cómputo, el arrendamiento de sistemas, la prestación de servicios informáticos tales como el mantenimiento, capacitación, programación, asesoría, asistencia técnica, etc.

1.1.4. DURACION Y RESCISION.-

Respecto a la duración de los contratos de prestación de servicios informáticos existen dos tipos:

- - - - -

(1) Sambridge E., op cit.

(2) Existen diccionarios para que el jurista defina los términos, como la guía francesa INFOREP.

(3) Bertrand A., op cit.

(4) Linant de Bellefonds X., L'Informatique et le Droit, Ed. P.U.F. 1981 (QSJ No. 1923).

a) Los contratos que tienen por objeto la realización de un servicio preciso como podría ser la escritura de un programa.

b) Los contratos que tienen por objeto una prestación de -- servicio continuo como la provisión de energía, tratamiento periódico de datos, etc., aquí la ejecución del servicio es sucesiva, y se deja una libre iniciativa a las partes quienes pueden convenir que la duración del contrato informático sea indeterminada; cuando el cliente quiera desvincular su participación en el contrato, debe avisar previamente al proveedor la causa de esta rescisión, la cual suele ser, en muchos casos, el alza de las tarifas.

Por otro lado, el proveedor puede insertar en el contrato cláusulas de rescisión en caso de que el cliente falte a cualquiera de sus obligaciones (1).

Algunos de los principales motivos que originan que el proveedor rescinda el contrato son que el usuario deje de pagar los bienes o servicios informáticos, que este mismo se declare en quiebra, o por el cambio eventual del propietario o - accionista principal del cliente, entre otras.

Cuando se rescinde un contrato de tratamiento de datos, el cliente debe prever la restitución de su información bajo - la forma de resguardo en cintas o discos magnéticos compati- bles con sus sistemas, de lo contrario corre el riesgo de -

(1) El Código Civil vigente, en su art. 1949 expresa que la rescisión o pacto comisorio es un acto jurídico unilateral, por el cual se pone fin, salvo que la ley lo prohíba (opera sin necesidad de declaración judicial) a otro acto bilateral plenamente válido cuando hay incumplimiento imputable a una de las partes.

sufrir graves trastornos (1).

1.1.5. PRECIO, FACTURACION 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 (2).

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 (3).

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.

En nuestro país, los contratos de prestación de servicios informáticos son muy onerosos y el proveedor generalmente impone un precio arbitrario.

Consideramos que sería conveniente que el precio, tanto de los bienes como de la prestación de servicios informáticos,

- (1) Sánchez Medel Ramón, De los Contratos Civiles, Editorial Porrúa, 5a. edición, México 1980.
- (2) Brook D. y otros, Computer Law 1981, Acquiring Computer Goods and Services, Practising Law Institute, N. Y. USA.
- (3) Rodríguez y Rodríguez Joaquín, Derecho Mercantil, Editorial Porrúa 11a. edición, México 1974.

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 y el cliente puede convenir la fecha de pago que más le convenga (1).

Para los contratos informáticos que tienen por objeto la prestación de un servicio se distinguen las siguientes características:

- 1) Cuando el usuario contrata los servicios de algún proveedor para que realice el estudio de viabilidad, el pago de dicho estudio se hará después de celebrado el contrato.
- 2) Cuando el proveedor genere un programa constitutivo de un banco de datos, el pago de sus honorarios se hará de manera escalonada con un 20 ó 30% al concluir el trabajo y otro 20 ó 30% al entregarlo dejando el resto para una fecha posterior, (uno o dos meses más tarde) (2).
- 3) Para los contratos que tienen por objeto una prestación de servicio continuo, la facturación se hará sobre bases mensuales o trimestrales, aquí la fecha de pago la escoge el proveedor a menos que el cliente esté en posición de imponer sus propios términos.

(1) Bertrand A., op. cit.

(2) De Lamberterie I., op. cit.

1.1.6. CONTROL, SUPERVISION Y ACCESO.-

El usuario debe ejercer un estricto control y supervisión en el funcionamiento del equipo informático que adquiere 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 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 aún al extremo de robar los programas creados por el usuario.

1.1.7. ASISTENCIA Y FORMACION.-

Los contratos de asistencia técnica al usuario de sig temas informáticos son específicos, sin embargo en algunos contratos informáticos ya se prevé en una cláusula especial, 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 a discreción del usuario la elección según las circunstancias.

Por otra parte, la formación se refiere a la capacitación - que el proveedor dé al personal de la empresa del usuario es

pecialmente 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 (1).

1.1.8. PROPIEDAD DE LOS PROGRAMAS DE COMPUTO.-

En primer término es importante definir lo que es un programa de cómputo, el cual, según la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (O.M.P.I.), es "un conjunto de instrucciones expresadas en lenguaje natural (el propio de cada hombre) o formal (lenguaje de programación comprensible para la máquina); pudiendo, una vez traducidas y plasmadas en un soporte descifrable por la computadora, efectuar operaciones lógico-matemáticas hacia la obtención de un resultado particular" (2).

Ciertamente estos programas, tienen un valor económico intrínseco en función de su contenido intelectual que reside en la información que representan, por lo tanto, -- susceptible de un tratamiento jurídico especial ya que son bienes intangibles o inmateriales sujetos a acciones ilfcitas de apoderamiento (3).

En opinión de varios autores, algunas de las formas

- - - - -

- (1) De Champris H., La Nature Descontrats Relatifs Aux Logiciels, Bureaux de France 1983, No. 183.
- (2) Disposiciones tipo O.M.P.I. 1978, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Ginebra, Suiza.
- (3) En este tipo de acciones el robo material de la cosa no existe.

de protección de programas usadas hasta ahora son:

La técnica basada en los métodos de criptografía y borrado interno (1), la contractual referida a que todo contrato - sobre un programa debe hacer alusión a cláusulas que garanticen la seguridad de los datos y prohíban el acceso a los mismos a toda persona no autorizada, este tipo de protección no es segura pues recordemos que muchos son contratos de adhesión que generan desequilibrio entre las partes (2), - la extra-contractual derivada por un lado, del derecho penal (técnicas del secreto) (3) y por el otro la vía civil bajo la forma de competencia desleal como la vía jurídica que permite contrarrestar los actos de competidores que son contrarios a los usos honestos del comercio, y por último el enriquecimiento sin causa, acción en la cual el demandante debe probar que la utilización de su idea o invención por un tercero ha permitido que este se enriquezca y que - correlativamente provocó un empobrecimiento.

Las formas anteriores se han mostrado como parcialmente eficaces por lo que sería conveniente una legislación adecuada al respecto.

Dicha regulación podría desprenderse a partir de las patentes (4) y los derechos de autor (5), integrados en una es-

- - - - -

(1) Ver Infra 5.6.

(2) Ver Supra 3.1.2.

(3) La vía penal aplicada a un ex-empleado que comunique - ciertos secretos de importancia.

(4) Este requiere que el programa tenga una utilidad para la industria y que su titular obtenga un monopolio.

(5) Para contemplar la protección de los programas por la vía de los derechos de autor no basta hacer una adaptación de las disposiciones existentes sino que falta añadir otros elementos o reformar la estructura.

estructura específica a manera de un derecho "sui-generis", es decir un tratamiento especial para proteger la propiedad de los programas de cómputo (1) (cabe mencionar que la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual propuso un sistema de depósito y registro de programas en 1978 cuyo fundamento es que el creador del programa debe beneficiarse por un monopolio (2). Asimismo en el año de 1983 esta misma organización propuso un proyecto de tratado internacional para la protección de los programas).

Como corolario a este respecto el problema de la propiedad de los programas considerados como bienes inmateriales susceptibles de apropiación, requiere de una solución difícilmente hallable en medios existentes derivados del derecho común por lo que hay que poner especial atención en un eventual régimen particular de índole Jurídico (3).

1.1.9. PROTECCION MATERIAL DE DATOS.-

El proveedor o prestador de servicios, tiene la obligación de hacer un uso adecuado y proteger los datos que su cliente le haya facilitado para poder desarrollar un programa (4).

- (1) Téllez Valdés Julio, La Protección Jurídica de los Programas de Computación, México 1985.
- (2) El titular de ese monopolio puede ser una persona física o moral con facultades para poder impedir todo acto de imitación así como el uso de su programa en una computadora.
- (3) A este respecto, seguimos el punto de vista externado por el Dr. Julio Téllez en su obra ya citada.
- (4) Bertrand A., op. cit.

- En este sentido varias hipótesis deben ser contempladas - respecto a la eventual destrucción, pérdida o robo de los datos cuando están en poder del prestador de servicios:
- Los datos pueden ser destruidos o borrados accidentalmente por otro prestador de servicios o por un usuario que ocupa la computadora central, en este caso ese tercero en cuestión será el responsable, por otro lado, si el uso de esa computadora central es de tiempo compartido, la responsabilidad la tiene el encargado de hacer funcionar los sistemas de seguridad para protección de informaciones aunque podría limitar su responsabilidad si no fué informado de que otro usuario iba a utilizar la máquina.
 - Cuando los datos del cliente son transmitidos a un tercero voluntaria o accidentalmente, la responsabilidad del proveedor estará comprometida.
 - El proveedor será responsable por el robo de datos que cometa alguno de sus empleados.

Consideramos que el prestador de servicios debe tomar medidas de seguridad tales como realizar una copia de los soportes magnéticos que contengan los datos y archivarlos en un lugar seguro, alejados del sistema o de cualquier área en que corran riesgos (apoderamiento, deterioro, magnetización, etc.).

En caso de presentarse las situaciones anteriores será -- obligación del proveedor restituir los datos hasta donde sea posible y responder por los daños y perjuicios causados (1).

(1) Brandom D. y Segelstein S., Data Processing Contracts, and Negotiations, N. Y. 1976.

1.1.10. SECRETO Y CONFIDENCIALIDAD.-

En este punto trataremos 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 aún por abuso de -- confianza (1)

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

1.1.11. RESPONSABILIDAD Y GARANTIAS.-

Todo proveedor está constreñido a una garantía legal, es decir que debe garantizar el buen funcionamiento y la calidad de sus servicios y productos, en principio, el proveedor debe entregar siempre un producto acorde a las necesidades - del usuario, y en el caso de un contrato de prestación de ser_uvicios debe proporcionar un servicio conforme a las especificaciones previstas en el contrato (2).

Asimismo, el proveedor deberá responder por los vi-- cios ocultos, al respecto el Código Civil señala en su artí_uculo 2142 que "el enajenante está obligado al saneamiento - por los defectos ocultos de la cosa enajenada, que la haga - impropia para los usos a que se le destina, o que disminuya

(1) Artículo 382 Código Penal.

(2) De Lamberterie I., op. cit.

de tal modo este uso, que al haberlo conocido el adquirente, no hubiere hecho la adquisición o habría dado menos precio - por la cosa". Todo incumplimiento del proveedor a sus obligaciones contractuales compromete su responsabilidad, obligándola al pago de los daños y perjuicios (1)

Ahora bien, generalmente los proveedores intentan limitar las garantías por medio de cláusulas que los substraen de sus obligaciones legales, es por ello que la validez de - estas cláusulas deben apreciarse en función de ambos contra-
tantes.

1.1.12. FUERZA MAYOR.-

Es un acontecimiento futuro que está fuera del dominio de la voluntad, pues no se le puede prever o aún previendo no se le puede evitar.

El maestro Gutiérrez y González considera a la fuerza mayor como "un fenómeno de la naturaleza, o un hecho de personas - con autoridad pública general, insuperable, imprevisible o que previéndose no se puede evitar, y que origina que una persona realice una conducta dañosa, contraria a un deber jurídico sensu o a una obligación lato sensu" (2).

Es necesario incorporar una cláusula de fuerza mayor en los contratos informáticos, para tales efectos el artículo 2107 del Código Civil dispone que: "Si la cosa se pierde por caso fortuito o fuerza mayor la obligación queda sin efecto y el dueño sufre la pérdida, a menos que otra cosa se haya -

(1) Artículos 2104 y 2107 Código Civil.

(2) Gutiérrez González, Ernesto; Derecho de las Obligaciones, Editorial Cajica, S. A., 5a. Edición, México 1979.

convenido". Lo anterior deja entrever que son las partes - quienes deben convenir para quién se pierde la cosa en caso de presentarse esta situación.

Esta figura tiene gran trascendencia para el tema que nos ocupa, por lo que será objeto de un tratamiento pormenorizado - ulteriormente (1)

1.1.13. 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.

1.1.14. CLAUSULAS DIVERSAS.-

Son cláusulas que se refieren a un concepto en especial y que las partes convienen en insertarlas en los contra

- - - - -

(1) Ver Infra 5.2.

tos 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.

1.2. LAS PARTES: SUS DERECHOS Y OBLIGACIONES.-

Un contrato es el acuerdo de dos o más voluntades para crear, transferir modificar o extinguir obligaciones (1). En toda relación contractual encontramos uno o más sujetos - activos y pasivos, quienes deben cumplir con sus obligaciones y a su vez exigir los derechos derivados de la celebración - del contrato.

Los contratos informáticos operan de igual manera -- por lo que las partes tienen que cumplir con sus obligacio- nes y hacer valer sus derechos.

A continuación analizaremos las principales obligaciones de los proveedores y usuarios que deberán estar estipuladas en todo contrato de este tipo.

- - - - -

(1) Artículo 1792 Código Civil

1.2.1. LOS PROVEEDORES.-

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

- 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 retraso (1), 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 garantizar 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 con una asesoría y apoyo adecuado (2).

1.2.2. LOS USUARIOS.-

A continuación enunciaremos las principales obligaciones del usuario:

- - - - -

- (1) Se entiende por daños la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación, y se conoce como perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación.
- (2) S.P.P., La Informática y el Derecho. INEGI., México 1983.

- 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 (1).
- Determinar de una manera precisa sus necesidades de automatización dedicado a fijar y comunicar sus objetivos - precisos.
- Suministrar al proveedor informaciones exactas de su empresa, acompañada de documentos, gráficas, proyectos, etc.
- Capacitar adecuadamente a su personal para el manejo del centro de cómputo (funcionamiento, seguridad, programación, etc.).
- Obtener una mejor adaptación de su empresa a los imperativos de funcionamiento del material instalado (2).
- Decidir sobre 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 período 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 (3).

- - - - -

(1) Bertrand A., op. cit.

(2) Brook D., op. cit.

(3) Guardia Ch. de la responsabilité du Vendeur ou du Bailleur d'ordinateur, Gaz, Pal 1974.

- 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.

Cabe hacer mención que entre los usuarios de bienes y servicios informáticos resaltan en forma general los integrados por los sectores Público y Privado los cuales se analizarán a continuación.

1.2.2.1. SECTOR PUBLICO: EL GOBIERNO FEDERAL.

Son de gran importancia las actividades e investigaciones que respecto al tema han desarrollado las dependencias gubernamentales en su afán de automatizarse y lograr una eficaz simplificación administrativa.

La Secretaría de Programación y Presupuesto coordina las actividades que en materia de informática realicen las dependencias o entidades de la Administración Pública Federal.

Los primeros programas realizados sobre el particular se llevaron a cabo en la Reforma Administrativa Federal en 1973. Ha sido preocupación constante de las dependencias y entidades públicas el mejorar las condiciones bajo las cuales se transfieren elementos importantes de tecnología en especial los relacionados con la informática en vías de una utilización adecuada en el marco de sus atribuciones (1)

- - - - -

(1) S.P.P. La Informática y el Derecho., op. cit.

Uno de los fines primordiales de la Administración Pública Federal es el de procurar la mejor eficiencia de las dependencias y entidades que la integran, para lo cual es fundamental el uso de instrumentos adecuados que le procuren información permanente, fidedigna, oportuna y debidamente tratada, en relación a los asuntos de su competencia legal y que permitan, a través del uso apropiado de la informática, coadyuvar en la satisfacción de las necesidades de información de los particulares.

El Gobierno Federal autoriza contratos específicos entre dependencias públicas y empresas proveedoras y lleva a cabo la negociación de contratos tipo aplicables a las dependencias o entidades públicas con las principales compañías que operan en el mercado mexicano suministrando bienes y servicios en informática (1).

El mayor porcentaje de gasto público en informática se destina a operaciones de compra y mantenimiento de equipos así como diseños de sistemas de información automatizados. En resumen, es propósito del Gobierno Federal mejorar la infraestructura administrativa mediante el apoyo de la Tecnología Informática.

1.2.2.2. SECTOR PRIVADO.-

Se debe mencionar que el Sector Privado es un importante usuario de bienes y servicios informáticos y que

(1) S.P.P. Contratación de Bienes y Servicios Informáticos, C.G.S.N.I. México 1979 y actualizaciones respectivas.

está ciertamente relegado respecto al régimen contractual que prevalece entre los proveedores, lo cual amerita una oportuna intervención.

En un propósito descriptivo cabe mencionar que dicho sector está constituido en primera instancia por las empresas, tanto grandes, medianas y pequeñas, y que en -- función de sus actividades y recursos se determina su grado de informatización en calidad y cantidad que requiera, por las implicaciones de índole económico, técnico y jurídico que pueden variar de acuerdo al status de la misma.

Consideramos que los particulares por su misma calidad (a pesar de estar ubicados en este sector privado), ameritan una consideración singular en la eventual contratación de un bien o servicio informático, en función de su desconocimiento y falta de asesoría apropiada (1).

(1) La Jurisprudencia francesa hace una distinción entre usuarios profesionales y no profesionales; los primeros son las empresas que desean informatizarse y se valen de la -
asesoría de expertos para hacerlo, mientras que los no --
profesionales son los usuarios menores o particulares.

CAPITULO 2

CATEGORIAS APLICABLES A LOS CONTRATOS INFORMATICOS

2.1. DE ACUERDO A SU NATURALEZA JURIDICA.-

El contrato es la fuente ordinaria de las obligaciones, tiene como fin establecer el equilibrio entre las prestaciones recíprocas de las partes y se define como un acuerdo de voluntades para crear o transferir derechos y obligaciones (1), es una especie dentro del género de los convenios.

El artículo 1793 del Código Civil señala que "los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos".

Es muy importante la libertad de las partes al contratar, respecto a esto cabe citar una frase de Messineo, - según la cual "La libertad contractual debe considerarse la regla, y el límite la excepción; y por lo tanto, como límite que es, para que tenga vigor debe ser declarado expresamente" (2)

Existen diferentes formas de clasificar los contratos, una que nos parece apropiada es la siguiente:

1) Según sus efectos:

Contratos unilaterales: acuerdo de voluntades que engendra sólo obligaciones para una parte y derechos para la

(1) Sánchez Medal R., op. cit.

(2) Messineo, Doctrina General del Contrato, Buenos Aires - 1952, Tomo I.

otra.

Contratos bilaterales: es el acuerdo de voluntades que dá nacimiento a derechos y obligaciones de ambas partes.

2) Según su carácter pecunario:

Contratos onerosos: aquellos que imponen provechos y gravámenes recíprocos.

Contratos gratuitos: aquellos en que los provechos corresponden a una de las partes y los gravámenes a la otra.

3) Según su forma de realización:

Contratos conmutativos: cuando los provechos y gravámenes son ciertos y conocidos desde la celebración del contrato.

Contratos aleatorios: cuando los provechos y gravámenes dependen de una condición a término.

4) Según la entrega de la cosa:

Contratos reales: se constituyen por la entrega de la cosa.

Contratos consensuales: no se necesita la entrega de la cosa para la constitución del mismo.

5) Según su integración:

Contratos formales: aquellos en los que el consentimiento debe manifestarse por escrito como un requisito de validez.

Contratos consensuales: no se necesita la entrega de la cosa para la constitución del mismo.

6) Según su existencia jurídica:

Contratos principales: son aquellos que existen --

por sí mismos.

Contratos accesorios: dependen de un contrato principal, son llamados también de garantía.

7) Según su momento de realización:

Contratos instantáneos: se cumplen en el mismo momento en que se celebran.

Contratos de tracto sucesivo: son aquellos en que el cumplimiento de las prestaciones se realizan en un período determinado.

A continuación analizaremos las categorías contractuales en forma sucinta, a efecto de tener un panorama adecuado previo al estudio de los contratos informáticos.

2.1.1. CONTRATO DE COMPRA-VENTA.-

Es el más importante y frecuente de los contratos. Surgió como resultado de la evolución del trueque o permuta cuando se creó la moneda como común denominador de los valores de cambio.

Nuestro Código Civil define la compra-venta como el contrato por el que una de las partes se obliga a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho, y la otra se obliga a pagar por ello un precio cierto y en dinero (1).

Es un contrato sinalagmático, oneroso, generalmente comutativo, puede ser de ejecución instantánea o diferida como la venta a plazos, es consensual cuando recae sobre muebles y formal cuando versa sobre inmuebles y es traslativo

(1) Código Civil artículo 2248.

de propiedad, otro carácter importante se refiere a que es un contrato principal, y algunas veces es de adhesión como en el caso de los contratos informáticos.

Unas de las características fundamentales de este contrato son el que la cosa vendida requiere existir corpórea o incorpóreamente, ser susceptible de enajenación y que sea de terminada o determinable en cuanto a su especie y calidad. El precio debe ser cierto y en dinero, debiendo fijarlo -- las partes o un tercero, es fundamental que sea justo, - - real, sincero, serio y verdadero (1).

Por otra parte, el Código Civil señala que son obli gaciones del vendedor conservar la cosa hasta entregarla - materialmente, hacer entrega de la cosa, transmitir la pro piedad de la cosa, abstenerse de toda clase de perturbaciones de hecho o de derecho que menoscaben o alteren la posesión del comprador, responder por los vicios ocultos de la cosa así como garantizar la evicción como una obligación - de saneamiento (2).

Las obligaciones del comprador son entre otras pagar el - precio convenido y recibir la cosa (3).

La compra-venta puede terminar en virtud de circunstancias posteriores a la celebración del contrato, cabe citar el - caso de la nulidad, o la rescisión del contrato por incumplimiento de alguna de las partes (4).

- - - - -

(1) Sánchez Medal R., op. cit.

(2) Código Civil artículo 2283.

(3) Código Civil artículo 2293.

(4) Rojina Villegas, Rafael; Compendio de Derecho Civil Mexicano, Editorial Porrúa, 17a. edición, México 1980.

Ahora bien, aplicando lo anterior al tema que nos ocupa tenemos que en informática existen los contratos de compra-venta de equipos de cómputo y suministros (componentes, accesorios, etc.), su esencia es similar a un contrato de orden civil, aunque tienen 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, descripción, cantidad, precio de compra y cargo mensual de mantenimiento (1).

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.

Podrá haber un período 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 solici-

- - - - -

(1) El mantenimiento del equipo se establece generalmente en un contrato por separado.

tar 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.

El proveedor 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 obliga a suministrar al usuario las partes y refacciones necesarias para mantener los equipos en las condiciones adecuadas de funcionamiento (1).

Por otro lado, el proveedor proporcionará por escrito al usuario toda la información técnica necesaria para que este 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 de este contrato proporcionados al usuario, a este respecto, debe comprometerse al pago de daños y perjuicios (2).

- - - - -

(1) Bertrand A., op. cit.

(2) Clarizia Renato, Problemas Jurídicos de los contratos - utilización, de los ordenadores Doc. Admtva. No. 199, Jul-Sep/Oct-Dic. 1983, No.183.

Las partes deben establecer el plazo durante el cual el usuario puede cancelar temporal o definitivamente el equipo solícitado 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 Compra-Venta 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 (1).

2.1.2. CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.-

Otro contrato civil muy común, y que tiene gran importancia es el de arrendamiento, el cual define nuestro Código Civil de la siguiente manera: "Es el contrato por el que el arrendador se obliga a conceder el uso o goce temporal de una cosa al arrendatario, a cambio de un precio cierto" (2). Es un contrato bilateral, oneroso, conmutativo, principal, de tracto sucesivo, consensual cuando se refiere a muebles y formal cuando versa sobre bienes inmuebles.

A las partes que intervienen en este contrato se les llama arrendador que es quien dá la cosa en arrendamiento y debe tener legitimación sobre ella y arrendatario quien tendrá

(1) Poulet P. Les Contrats Informatiques, Reflexions Sur Dix Ans de Jurisprudence Belge et Francaise, D.P.C.I. 1982, No. 1.-

(2) Artículo 2398 Código Civil

el derecho de uso sobre la cosa arrendada.

Los elementos reales del contrato de arrendamiento son:

- 1) La cosa objeto del contrato
- 2) El precio que debe ser cierto y determinado
- 3) El tiempo que dure el derecho de uso sobre la cosa, fijado según la voluntad de las partes.

Las obligaciones del arrendador consisten en entregar la cosa en buen estado para el uso convenido o natural de la misma así como garantizar su uso (1).

Las obligaciones del arrendatario son pagar la renta, usar debidamente la cosa, avisar al arrendador de las reparaciones necesarias y devolver la cosa (2).

El contrato de arrendamiento puede ser nulo si se comprueba que hubo vicios en el consentimiento o falta de forma exigida por la ley y se dará por terminado cuando se venza el plazo fijado, por que se declare su rescisión, o por mutuo consentimiento de las partes, también puede terminarse por pérdida de la cosa arrendada por caso fortuito o fuerza mayor, o por la quiebra de alguna de las partes (3).

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.

- - - - -

- (1) Artículo 2412 Código Civil
- (2) Artículo 2425 Código Civil
- (3) Sánchez Medal., op. cit.

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 dá 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 la fábrica del proveedor de acuerdo a ciertos estandares establecidos, debiendo proporcionar el arrendador documentos, instructivos y publicaciones referentes a ese equipo de cómputo (1).

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, mientras esté en el - mercado deberá comprometerse a prestar los servicios amparados por el contrato (2).

- - - - -

(1) Des Jeux X, Des Obligations respectives de L'Utilisateur et du Constructeur, 01 Informatique No. 107, 1977.

(2) Pouliet P., op cit.

En este contrato informático de arrendamiento, existen varias cláusulas similares a las que se pactan en un contrato de compra-venta, 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 envíe a las instalaciones del usuario y asumir cualquier responsabilidad para el saneamiento en caso de evicción (1). Y si actúa con dolo tendrá que indemnizar al usuario.

2.1.2.1. CONTRATO DE ARRENDAMIENTO CON OPCION A COMPRA.-

Esta figura es una modalidad del contrato de arrendamiento, sumamente empleado en materia informática y generalmente conocidos bajo el anglicismo de Leasing (2). Este con-

(1) Artículos 2119 y 2120 del Código Civil.

(2) Arrendar. Término asignado a las Compañías arrendadoras de bienes.

trato 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 (1).

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 compra-venta en cuanto a adquisición del equipo.

2.1.3. CONTRATO DE PRESTACION 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 profesionista a una persona llamada cliente quien se obliga a pagarle una determinada retribución llamada honorarios (2).

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.

(1) Sánchez Medel, R., op. cit.

(2) Artículos 2142 y 2149 Código Civil

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" (1).

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.

Avocándonos al tema que nos interesa es menester -- enunciar que existen el contrato de prestación de servicios informáticos 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 información estando su aplicación relacionada con la estructuración y composición de datos (2).

Las partes en este contrato informático se denominan proveedor siendo aquel quien presta el servicio y que la mayoría de las veces son empresas de computación así como el cliente o usuario siendo aquel quien 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 mer

- - - - -

(1) Artículo 25 de la Ley de Profesiones

(2) Bernacchi R. y Larsen G., Data processing Contrats and the Law, Boston Toronto.

cado en informática, el de documentación técnica, el de mantenimiento correctivo y preventivo de equipo o de sistemas, el de manejo de datos, el desarrollo de estudios de viabilidad para la selección de bienes y servicios, el de consultoría, el de diseño de sistemas, etc.

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.

2.2. DE ACUERDO A SU NATURALEZA TECNICA.-

Después de haber hecho un análisis de las figuras jurídicas con la que tienen similitud los contratos informáticos, ahora estudiaremos su naturaleza técnica clasificando cada uno según el bien informático al que se refieren y al tipo de contrato celebrado o prestación de servicio de que se trate.

Antes que nada es conveniente mencionar que la informática analiza la naturaleza técnica del acuerdo de voluntades entre las partes para contratar y el Derecho se encarga de regular la celebración de los contratos (1).

Por otra parte, dado el alto grado de tecnicidad que tiene cada contrato informático sus cláusulas y condiciones contractuales son muy específicas para cada uno de ellos según veremos en los siguientes puntos:

- - - - -

(1) Bertrand A., op. cit.

2.2.1. LOS CONTRATOS DE MATERIAL O DE SISTEMA.-

Los contratos de material o de sistema representan un gran avance en la tecnología mundial, son el resultado de la automatización de un gran número de grandes, medianas y pequeñas empresas que han invertido grandes sumas de dinero para adoptar sistemas informáticos que satisfagan eficazmente sus necesidades de toda índole.

Los elementos de estos contratos se dividen en 8 categorías que a continuación se enumeran:

- Especificaciones del sistema que requiere el contrato.
- Servicios y aprovisionamientos que el proveedor debe brindar al usuario.
- Costos y cargos que se refieren a los métodos de cobro y protección al precio.
- La aceptación confiable que asegure la ejecución y funcionamiento de los niveles de operación.
- Mantenimiento del sistema mientras dure la garantía y generalmente pactado por separado.
- Estipulación de condiciones de entrega.
- Señalamiento de derechos y facultades.

Estos contratos se refieren a la adquisición de los -- equipos de cómputo ya sea nuevos o usados y cuando el equipo no se le compra directamente al proveedor sino a otro usuario, se deben especificar en el contrato las características del - sistema debiendo garantizar su buen funcionamiento, cabe señalar que muchas veces es necesario hacer un reacondicionamien- to del equipo para que su rendimiento sea apropiado a las ne-

cesidades informáticas del nuevo comprador (1).

Es muy importante que el proveedor evalúe si las funciones que realiza el equipo de cómputo van acordes con las que el cliente requiere y que de ello depende la eficacia de la automatización.

La entrega de un sistema de equipo trae aparejado - consigo la realización de un servicio informático pues como ya sabemos su adecuado funcionamiento requiere de un conjunto de programas o software por lo que el proveedor debe dar al usuario las especificaciones y características de operación de ambos (hardware y software) y llevar a cabo la entrega al mismo tiempo, si así se estableció en el contrato. Los componentes tanto del equipo como de los programas deben enlistarse por grupos con una descripción anexa y el precio - básico por cada uno (2).

Es práctica común que se pruebe el equipo en las instalaciones del usuario cuando este lo recibe, en cuyo caso - debe señalarse en el contrato este período de prueba así como la forma de medición de su funcionamiento y el plan a seguir (3).

Del resultado de esta prueba depende la aceptación por parte del usuario.

Se debe incluir en el contrato que el proveedor haga entrega de los manuales del sistema de cómputo tanto de los que se basó el usuario para seleccionar ese equipo como de los

(1) Poullet P., op. cit.

(2) Ibid.

(3) De Champris H., op. cit.

que explican el funcionamiento y características operacionales del mismo. Y por otro lado, se debe incluir también la obligación por parte del proveedor de otorgar al usuario los manuales de los programas, ya que estos son menos tangibles e indefinibles (es más difícil determinar un componente de programa que un componente de equipo) (1).

Otro punto que se puede añadir al contrato es de que el proveedor proporcione al usuario sistemas de documentación sobre el equipo, publicaciones sobre el material, análisis de sistemas, análisis de operatividad, manuales de capacitación, etc.

2.2.1.1. COMPATIBILIZACION DE EQUIPOS Y PROGRAMAS.-

Quando un usuario adquiere un sistema de cómputo el constructor o proveedor debe procurarle que dicho equipo sea compatible con el que ya posee y con el que en un futuro -vaya a adquirir. La compatibilidad del programa se define como la capacidad de operar un programa escrito y compilado por el sistema nuevo sin cambiar el programa o la configuración del equipo (2), de aquí deriva el poder invertir en -- programas que funcionan con los programas que ya se tienen y con los que se pueden ir adquiriendo en el futuro.

Hay dos cláusulas que creemos es importante se inserten en - el contrato, la primera se refiere a que el proveedor garantice la compatibilidad del sistema con el equipo industrial standard y su equipo periférico, y la otra es referente al

(1) Ibid.

(2) Bertrand A., op. cit.

derecho que debe tener el usuario de que a su equipo se le hagan todas las modificaciones necesarias en los componentes para así no gastar en equipos nuevos.

2.2.1.2. SERVICIOS Y APROVISIONAMIENTO.-

Es necesario especificar en el contrato de material o sistema los servicios, provisiones o refacciones que el proveedor entrega al usuario para que este pueda operar - el equipo como es el caso de los diskettes, cintas, discos, formas, limpiadores, papel impresos, etc. Es conveniente que se estipule en el contrato la calidad de estas refacciones y provisiones.

Muchas veces sucede que las refacciones para el equipo informático no se venden al público sino que las distribuye únicamente la compañía constructora lo que puede generar un monopolio en el que se fijen los precios arbitrariamente por lo que se recomienda estipular en el contrato una lista de precios aunque si bien es cierto que estaría sujeta a cambios posteriores.

Las computadoras requieren estar en un ambiente rigurosamente controlado para tener un efectivo funcionamiento, las especificaciones al respecto deben señalarse en el contrato definiendo temperatura, humedad, espacio, loca-ción, impulso y poder eléctrico, interferencias, etc. (1).

2.2.2. LOS CONTRATOS DE PROGRAMA-PRODUCTO.-

Estos contratos se refieren a la venta de un paquete de --
- - - - -

(1) Desjeux X. op. cit.

ideas, información, procesos, métodos, etc., es algo intangible, inmaterial conocido en el lenguaje técnico bajo el anglicismo de software (1).

Como estudiamos en puntos anteriores, la adquisición de software ha ido aumentando en el mercado empresarial y - en este inciso vamos a distinguir que existen el software general y el software particular.

El primero se refiere a los programas que el proveedor pone a la venta y que al venderse en el mercado los adapta a las necesidades del usuario; son programas con características generales y concretas. Mientras que el segundo son programas que elabora el proveedor exprefeso para satisfacer las necesidades específicas del usuario en función de su equipo (2).

Por lo tanto, los contratos informáticos de cada tipo de software serán distintos según el caso, así tenemos que para adquirir un programa ya hecho se hará a través de un contrato de compraventa, en cambio, para mandar hacer - un programa específico, el usuario tendrá que recurrir al contrato informático de prestación de servicios. A continuación analizaremos cada uno de los contratos por separado.

2.2.2.1. ADQUISICION DE LOS PROGRAMAS.-

Este contrato se refiere a la adquisición que hace el

(1) Ver Supra 1.1.

(2) Bernacchi R., op. cit.

usuario de un programa, ya sea que el proveedor le transfiera un derecho de uso sobre dicho programa en base a rentas mensuales mientras lo utilice o bien el usuario paga para usarlo a perpetuidad y que forme una parte de su patrimonio.

Una de las cláusulas más importantes en los contratos compra venta o arrendamiento de software es la, referente al funcionamiento y la capacidad, el usuario selecciona que paquete de software requiere y a su vez el proveedor debe cumplir con lo ofrecido al momento de celebrar el contrato.

Es muy común que al momento de la entrega el paquete debe ser ajustado y modificado a las necesidades del usuario lo cual debe realizar minuciosamente el proveedor (1).

El usuario que haya comprado un paquete de software - puede reproducirlo pero sólo para usarlo en sus instalaciones, a este respecto el proveedor tiene el derecho de controlar - cuantas copias se vayan a sacar (2).

Respecto al precio del paquete, este lo fijan las partes convencionalmente. Los términos de pago deben ser cuidadosamente señalados en el contrato no siendo recomendable hacer pagos por adelantado (3). Una parte del pago puede hacerse al tiempo de entrega del programa y la otra después de la instalación y aceptación pudiendo pagarse la última diferencia al expirar la garantía junto con el mantenimiento de ésta (4).

(1) Guardia CH., op. cit.

(2) Fuchs A., Der Erwerb von Computern, Schulthess Polygraphische Verlag, Zurich 1978.

(3) Durney Edward G., The Warranty of Merchantability and Computer Software Contracts: A Square Peg Went fit in a Round Hole, Washington law review, vol 59, No. 3 Julio 1984.

(4) Bernacchi R., op. cit.

Cuando el software es rentado se determina un término de 1 a 2 años posibles de renovación, cuando el software es a perpetuidad hay un período de 3 meses de prueba antes de pagar la totalidad del precio, cabe expresar que existe también el contrato de arrendamiento con opción a compra de programas.

Cuando al proveedor otorga solamente el derecho de uso del paquete al usuario, éste será responsable frente a terceros y deberá defender al usuario de acciones en su contra e indemnizarlo por daños y perjuicios al igual que deberá dar mantenimiento gratuito y algún ajuste o corrección por su cuenta en caso de ser requerido.

El derecho de uso del paquete es restringido ya que el usuario sólo podrá utilizarlo en sus instalaciones no pudiendo subarrendarlo a un tercero.

El contrato debe incluir también el derecho de rescindir el contrato en cualquier momento y si el paquete falla en su funcionamiento el proveedor debe proceder a indemnizar.

2.2.3. DESARROLLO PARTICULAR DE LOS CONTRATOS DE SOFTWARE.-

En este tipo de contratos el proveedor realiza estudios y análisis de las necesidades de automatización de un usuario y en especial diseña los programas que puedan satisfacer dichos requerimientos en lo particular.

En los últimos años han aumentado mucho los contratos de servicio permitiendo a las grandes empresas un más rápido y

eficiente desarrollo (1).

Se debe especificar claramente en el contrato las condiciones en que se basará el proveedor para diseñar el programa, los niveles de calidad, los términos de pago, el análisis, programación e instalación del programa de cómputo, - las obligaciones de las partes, la titularidad, la posible - terminación del contrato, así como el tipo de programas, sus características, funcionamiento, estándares de operación y - uso del lenguaje.

Para desarrollar un programa es necesario definir los límites y alcances del sistema y producir una documentación para cada programa, para cada centro de cómputo y para la capacitación del personal.

El riesgo de diseñar un paquete de software como contrato - independiente es que al no satisfacer las necesidades del - usuario genera problemas pues el programa al ser especial - habiéndose diseñado con una información específica ya no se puede vender a otro usuario, así es que en caso de una eventual rescisión del mismo, ambas partes pierden el dinero y el tiempo que se invirtió en hacerlo.

Pensamos que es conveniente que el programa se vaya elaborando por etapas y que se revise cada una de ellas por ambas - partes, pagando el usuario en forma secuencial.

El usuario formaliza su aceptación cuando se le en--

- - - - -

(1) Smith L., A Survey of current Legal Issues Arising from Contrats for Computer Goods and Services, I Computer L. J., 475, 1979.

tregan los productos del paquete para su instalación los cuales deben ser acordes con la calidad y especificaciones que se señalaron en el contrato (1). Por otro lado, el usuario - debe probar su buen funcionamiento y la satisfacción de sus necesidades principalmente.

El usuario tiene el derecho de cancelar el contrato - si el proveedor falla en cantidad o calidad los estándares - que se establecieron debiendo éste último indemnizar por daños y perjuicios; pero si se dá el caso de que el usuario de - cida cancelar el contrato sin que haya falta del proveedor - entonces deberá pagar por el programa hasta el momento de la cancelación si aún no había concluido su elaboración, o realizar el pago total si el paquete ya estaba terminado.

2.2.4. ANALISIS Y TRATAMIENTO DE DATOS.-

Este contrato informático de prestación de servicios se refiere al procesamiento de datos en la industria de la computación y se concretiza dando entrada al servicio de -- cómputo a través de una tarjeta; el servicio de organiza-- ción vende al usuario acceso a la máquina por cierto tiempo y él debe llevar sus programas y provisiones o usar los del centro de cómputo si así se pactó; el servicio provee - los resultados finales así como los inventarios de reporte y cuentas a pagar (2).

-
- (1) Waser U. Der Computer-War Tunçsvertrag, Shulthess Polygraphische Verlag, Zurich, 1980.
 (2) Bernacchi R., op. cit.

Los productos que se entregan en este contrato de servicio son diferentes a los entregados en un contrato de software y normalmente incluyen reportes o dan respuesta a requerimientos. El usuario debe fijarse en la calidad de los materiales suministrados y en la periodicidad de la entrega de los reportes y la forma como ésta se hará.

Las partes deben acordar asimismo como se llevará a cabo el cobro del servicio y las condiciones de renovación del mismo.

Es importante que se estipule en el contrato la información que el prestador de servicios requiere para llevar a cabo el procesamiento de datos y los pasos que se seguirán desde que se recibe dicha información y documentación hasta que se hace entrega del producto. El prestador de servicios debe comprometerse a guardar la información del usuario -- confidencialmente (1).

Deberán también definirse las responsabilidades en caso de terminación del contrato de servicios al igual que las condiciones a que se sujetarán las partes.

Las causas de terminación pueden ser expiración del contrato, noticia del proveedor de que subirán los precios, no funcionamiento del servicio de acuerdo a las especificaciones de calidad, que el usuario quiera cambiar de compañía servicio o por otras causas de tipo legal.

- - - - -

(1) Bertrand A., op. cit.

Puede haber el riesgo de que por el continuo acceso que tienen los usuarios al centro de cómputo puedan llegar a copiar otros programas sobre todo cuando se trate de competidores, por lo que el prestador de servicios debe tener un estricto control para evitar esta situación o aún contemplar la eventual introducción de cláusulas penales en el contrato.

2.2.5. CONTRATOS DE MANTENIMIENTO.-

El proporcionar mantenimiento viene siendo una responsabilidad del proveedor que manufacturó el equipo y generalmente se maneja en un contrato por separado (1).

Este contrato debe tener un clausulado que especifique las obligaciones de las partes y las condiciones del servicio.

Hay 3 tipos de mantenimiento a elección del usuario, el primero se basa en precios fijos pagando sus honorarios al proveedor, el segundo es el mantenimiento en base a material y tiempo pagando al proveedor por cada llamada que se le hace y por cada refacción que reemplaza, y el tercero se refiere a un servicio continuo de emergencias en el que se llama al proveedor en caso de necesidad debiendo acudir en un lapso de 2 horas.

En el contrato se señalan las condiciones de trabajo para el personal de mantenimiento que trabajará en las instalaciones del usuario.

Es indudable que el mantenimiento de un centro de cómputo es esencial para que éste trabaje eficazmente.

- - - - -

(1) Aunque en algunas ocasiones es otra la empresa que realiza dicho mantenimiento.

2.2.5.1. REFACCIONES.-

Es responsabilidad del proveedor tener refacciones en existencia, para dar pronta reparación en caso de desperfectos en el equipo del usuario.

Se acostumbra especificar en el contrato una lista de partes del equipo y con que prontitud se pueden conseguir (si se tienen que traer del extranjero o pedir a otro proveedor, etc.).

El proveedor deberá proporcionar al usuario planos, diagramas de circuito y toda la información referente a la construcción del equipo (1).

Por virtud de este contrato el usuario tendrá derecho a obtener programas de entrenamiento para su personal.

2.2.5.2. RECURSOS HUMANOS DEL USUARIO.-

En primer término cabe señalar que la relación contractual entre el proveedor y sus empleados debe estar bien definida pues el área de computación es muy sensible y se maneja mucha información confidencial de los usuarios, por ello se sugiere tener un estricto control sobre los empleados que tengan acceso al mismo a fin de evitar problemas (2).

Como se señaló en el punto anterior, el usuario tiene derecho a que el proveedor entrene a su personal para que éste pueda operar el equipo que va a adquirir.

Se debe estipular en el contrato los cursos que se van a im-

- - - - -

(1) Bertrand A., op. cit.

(2) Tellez Valdés, Julio., op. cit.

partir, los seminarios o cualquier otro tipo de capacitación así como su duración.

Los instructores que impartan dichos cursos deben estar altamente calificados y con experiencia para ello (1).

Se puede pactar también que mientras los empleados del proveedor instalan el equipo impartan cursos sobre programación, sistemas técnicos y operacionales.

- - - - -

(1) Ibid.

CAPITULO 3.

PROBLEMATICA CONTRACTUAL

3.1. DESEQUILIBRIO ENTRE LAS PARTES.-

¿Existe realmente un desequilibrio en la posición de los contratantes, en este tipo de contratos?

En la gran mayoría de los casos, el proveedor es un experto en la materia y el usuario si no se asesora debidamente podrá ser manipulado por el primero lo que puede ocasionar una desigualdad entre las partes.

La redacción de este tipo de contratos se lleva a cabo en términos muy técnicos y el factor jurídico se ha relegado a un segundo plano (1).

Al ser el proveedor quien maneja los aspectos técnicos, impone sus condiciones en las cláusulas del contrato y el usuario quien frecuentemente desconoce sobre la materia se ve obligado a aceptar todos los términos a efecto de satisfacer de la mejor manera sus necesidades de automatización.

Esta problemática ha venido agravándose con el abuso de muchos proveedores que con el fin de rentar o vender sus equipos y programas hacen creer a los usuarios que determinado material les será útil sin antes haber determinado sus requerimientos reales; por otro lado, se incurre frecuentemente en un empleo inadecuado de los equipos, lo cual, aunado a los vicios que puedan sobrevenir al hacerle creer que se han llevado a cabo

- - - - -

(1) Bertrand A., op. cit.

reparaciones y mantenimiento aparentemente necesarios a los que su ignorancia no le permite un discernimiento adecuado.

Cabe hacer notar que uno de los objetos del presente trabajo es el de orientar al usuario en cuanto a los -- puntos más importantes de los contratos informáticos y en donde sus intereses están en juego a efecto de evitar la -- prevalecencia de desventajas e irregularidades en este tipo de convenios.

3.1.1. EL DESCONOCIMIENTO TECNICO.-

Se manifiesta a través de una ignorancia en Tecnología Informática y a este respecto consideramos que es elemental procurar que los contratantes tengan un soporte mínimo de conocimientos sobre el particular y asimilen los elementos más importantes a fin de percibir los problemas susceptibles de aparición.

Sin el citado conocimiento técnico, es difícil que el usuario realice un análisis previo y por ende redacte adecuadamente un contrato tendiente a cubrir las necesidades informáticas de su empresa.

Es posible adquirir los conocimientos indispensables sobre informática, a través de la lectura de obras y revistas sobre la materia y tomando cursos o seminarios de iniciación práctica.

Este acercamiento a la tecnología permite al usuario y a los juristas interesados adquirir un conocimiento del lenguaje técnico utilizado, habida cuenta que cada desarrollo informático genera su propio vocabulario (1).

(1) Clarizia, Renato., op. cit.

Fué en los Estados Unidos donde nacieron y se empezaron a comercializar las computadoras por lo que se forjaron en inglés las primeras palabras descriptivas sobre material informático y todos sus componentes.

En nuestro país las autoridades respectivas se han dado a la labor de castellanizar los términos más comunmente usados en el ámbito de la informática, lo cual puede traer consigo un mejor conocimiento del tema (1).

Tomando ejemplos del extranjero, en Francia a raíz de un -- acuerdo ministerial por virtud del cual se creó una comisión a fin de generar una terminología informática propia con la publicación periódica de traducciones al francés de los términos anglo-sajones más comunmente empleados (2). Un centenar de palabras han sido "afrancesadas por acuerdo", obligándo a las autoridades a respetar esta terminología en todos sus documentos (3).

Así, la corporación IBM ha desarrollado en materia contrac-- tual una terminología que le es propia de acuerdo a las adap taciones de conceptos americanos así como de algunas sociedades francesas que han adoptado un vocabulario más unita-- rio (4), sin embargo dicho vocabulario está formado de pala bras artificiales que no son comunmente utilizadas por los técnicos sino que se originan por una dicotomía entre el vo cabulario jurídico y el técnico.

-
- (1) S.P.P. Secretaría de Programación y Presupuesto.
 - (2) Este acuerdo es de fecha 10. de septiembre de 1979 y fué suscrito por el Ministerio de la Industria.
 - (3) Acuerdo 22-Diciembre-1981.
 - (4) Tal es el caso de "Syntec" auspiciada por la Cámara Sindical de Sociedades de Estudio y de Consejos.

Es importante recalcar que existen palabras y conceptos informáticos cuyo contenido varía según sean utilizados por los constructores y las sociedades de servicio o por los informáticos y los juristas.

El usuario debe entonces desconfiar de los términos que no comprenda bien, y por ello es conveniente incluir un preámbulo en este tipo de contrato que contengan una sección de definiciones a fin de precisar el contenido de cada término utilizado.

3.1.2. LAS LAGUNAS JURIDICAS.-

Existen lagunas jurídicas en los contratos informáticos porque la redacción de los mismos se hace principalmente atendiendo a aspectos de índole técnico y sin otorgársele la debida importancia al aspecto jurídico.

Estas lagunas desaparecerán en la medida en que se establezca un equilibrio entre las partes y cuando se compagine lo técnico con lo jurídico, ya que de no ser así, los contratos informáticos seguirán siendo unos verdaderos contratos de adhesión en los que no sea posible que se negocien las condiciones y el usuario tenga que aceptarlas sin la menor inconformidad, lo cual es lícito ya que existe por parte del proveedor una preeminencia en la relación contractual.

Las partes deben prever los eventuales problemas que puedan generarse a fin de solucionarlos antes de celebrarse el contrato; la redacción debe ser específica en cada caso y la negociación debe ser seria y libre para que ambas partes lleguen a un acuerdo.

3.2. IMPORTANCIA QUE REVISTEN LAS DIVERSAS ETAPAS CONTRACTUALES EN LA ADQUISICION DE UN BIEN INFORMatico.

Es conveniente señalar que en la etapa precontractual, es decir en la elaboración de los estudios de oportunidad y -viabilidad, estos 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.

3.2.1. EL ESTUDIO DE OPORTUNIDAD Y EL DE VIABILIDAD.-

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.
- 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 contractual son básicos pues de ellos se deriva que el usuario haga una adecuada exposición de sus necesidades informáticas y por conse

cuencia una buena elección en base a 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 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, etc.) así como los beneficios susceptibles de generarse mediante la automatización de la empresa.

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 (1).

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.

3.2.2. LA ELECCION.-

Derivado de lo anterior, y a partir del contenido del cuaderno de cargos o del estudio de viabilidad, el cliente -

(1) Bertrand A., op. cit.

podrá contar con un elemental conocimiento de causa hacia 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 pues, 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 y mantenimiento que se requerirá, las evoluciones posibles del sistema, rentabilidad, etc. 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.

3.2.3. LA FIRMA DEL CONTRATO.-

Se refiere al momento en que los contratantes aceptan tácitamente las condiciones del contrato y externalizan 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 será conveniente la realización de esta etapa lo más pronto posible a efecto de asegurar la -

operación, 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.

Y por otro lado, puede suceder que en los momentos anteriores a la firma del contrato pueda surgir un nuevo equipo o aún 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 (1).

3.2.4. LA ENTREGA Y LA INSTALACION.-

Una vez firmado el contrato, es usual que el proveedor determine un plazo de 30 a 60 días para la entrega del equipo (2).

Si este plazo no es respetado, por razones tales 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 (3).

Consecuentemente, puede darse el caso de que una -- vez entregado el equipo este no sea instalado y el provee-

- - - - -

(1) Bernacchi R., op. cit.

(2) Bigelow R., op. cit.

(3) Clarizia, Renato, op. cit.

dor 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 esta se lleve a cabo.

Creemos que 15 días es un plazo prudente para que tenga lugar la instalación del equipo.

Sugerimos asimismo, que lo más conveniente para el usuario es 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.

3.2.5. EL FUNCIONAMIENTO Y LA RECEPCION.-

Una vez realizada la entrega viene el período de prueba del equipo para constatar su buen funcionamiento y su adaptación al sistema del usuario.

La aceptación del equipo será de carácter parcial en tanto no se vea funcionando el mismo en perfectas condiciones.

Es decir que la recepción no implica una aceptación definitiva.

En otros países como en Francia, el procedimiento que se sigue es que una vez instalado el equipo y verificado su funcionamiento, se establece un período prudente para la recepción del equipo lo cual se entiende como una aceptación definitiva (1).

3.3. GARANTIAS.-

Entendemos por garantía la obligación inherente a una -

(1) Poúillet P., op. cit.

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.

Las cláusulas de garantía insertas en un contrato in formático 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 y de ahí que deban ser consideradas co mo constitutivas de verdaderos contratos de adhesión.

En las cláusulas relativas a las garantías encontramos generalmente 4 tipos bien definidos que son:

- Garantías de conformidad
- Garantías de buen funcionamiento
- Garantías contra vicios
- Garantías de evicción (1)

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 imperati vas pudiendo los contratantes ampliarlas, limitarlas o supri mirlas (2).

El límite de las garantías está determinado en función de 3 aspectos importantes como lo son la falta del cliente (cum

(1) Sánchez Medal., op. cit.

(2) Tena Felipe de J., Derecho Mercantil Mexicano, Editorial Porrúa, S. A. 10a. edición, México 1990.

plimiento inadecuado), la fuerza mayor y las cláusulas limitativas.

Es frecuente encontrar en los diferentes contratos - informáticos cláusulas que de manera no muy clara limitan - las garantías, como es el caso de la falla o mal funcionamiento del equipo resultado de una no ejecución adecuada de las instrucciones por parte del usuario o bien motivada por causas de fuerza mayor en cuyo caso es conveniente indicar para quien 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 y alertar al usuario sobre ello previniendo eventuales acciones de mala fé por parte de algunos proveedores.

Cabe mencionar, sólo a manera de ejemplo algunos casos en el extranjero de como operan las garantías en los - contratos informáticos (1).

En los contratos franceses el proveedor no está liberado de su obligación salvo que la averfa provenga de una falta intencional del usuario o de un caso de fuerza mayor comprobado.

En los contratos alemanes la garantía no se aplica respecto a las fallas resultado de acontecimientos independientes de la voluntad del proveedor.

- - - - -

(1) Estudio comparativo de cláusulas en los contratos tipo ingleses, franceses, alemanes, italianos y daneses; Consejo Europeo, 1982.

En los contratos ingleses ninguna de las partes estará vinculada al contrato por falta debida a circunstancias que van más allá del control razonable de alguna de ellas.

En los contratos italianos el proveedor no puede exonerarse de su responsabilidad salvo en casos de fuerza mayor.

En los contratos daneses ni el proveedor ni el usuario estarán obligados contractualmente, salvo cuando se deba a error o negligencia de algunos de ellos.

A continuación hablaremos en forma más detallada de cada una de estas garantías.

3.3.1. GARANTIA 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.

En países como Francia no se hace mención en el contrato a esta garantía pero un concepto similar se haya en el capítulo consagrado a la ejecución de la prestación objeto del contrato y a las modalidades de realización como son la constatación de entrega, verificación de aptitud o recepción provisional y de servicio regular o recepción definitiva (1).

- - - - -

(1) Bertrand A., op. cit.

3.3.2. GARANTIA DE BUEN FUNCIONAMIENTO.-

Luego de la recepción definitiva del objeto materia del contrato, esta garantía obliga al proveedor a mantener el equipo funcionando perfectamente durante un período de 6 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.

La integración de esta garantía varía de un país a otro y es así que, por ejemplo, en Alemania es desde que se dá - aviso de que ya está funcionando perfectamente el equipo, en Inglaterra se refiere a la recepción del sistema y has ta ese momento empieza la garantía, en Italia radica en - la fecha de aceptación del proyecto como punto de partida del buen funcionamiento y en Francia inicia a partir de la recepción provisional adquiriendo el carácter de definitiva hasta que se verifique que hay un servicio regular del mismo en un lapso aproximado de 2 meses (1).

Consideramos que se deben unificar los criterios respecto de la garantía de buen funcionamiento para que cuando un - usuario mexicano trate con un proveedor extranjero se ha - ble de una duración en "términos" iguales.

- - - - -
(1) Ibid

3.3.3. GARANTIA CONTRA VICIOS.-

Los vicios ocultos del objeto materia del contrato in formático 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 conmutativos el enajenante está obligado al saneamiento por los defectos ocultos de la cosa, que la hagan impropia 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 dado menos precio por la cosa" (1).

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 la elección entre dos procedimientos: la indemnización o la rescisión del contrato.

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

Citando el estado de esta garantía en el extranjero - diremos que en Francia es una obligación legal insertarla en los contratos informáticos; en los contratos tipo alemanes -

- - - - -

(1) Artículos 2142 y 2157 del Código Civil.

el proveedor garantiza que sus prestaciones no implicarán fallas susceptibles de aumentar o reducir el valor o la aptitud al uso previsto en el contrato; en los contratos ingleses el proveedor se compromete a reparar toda falla o daño que puedan ser descubiertas o producirse, durante un período de 12 meses posteriores a la recepción y finalmente en los contratos daneses el proveedor garantiza que los materiales y los programas no presentarán vicios o fallas de construcción que comprometan al rendimiento previsto (1).

3.3.4. GARANTIA 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.

Es conveniente considerar que la propiedad industrial no puede estar desvinculada de la propiedad intelectual y que esta cuestión debe ser tratada bajo las normas de derechos de autor como más adelante se analizará con mayor profundidad (2).

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

(1) Guardia Ch., op cit.

(2) Ver Infra 5.6.

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 (1).

3.4. LA RESPONSABILIDAD EN LOS CONTRATOS INFORMATICOS.-

Respecto a las cláusulas estipuladas en un contrato in formático relativas a la responsabilidad, son aquellas que de terminan el accionamiento de las garantías como es el caso de la obligación de reparar el daño causado al contratante por - la no ejecución del compromiso adquirido. Llamamos responsabilidad contractual al cumplimiento de las obligaciones estipuladas en el contrato.

En este respecto analizaremos a continuación las cláusulas -- respectivas a la seguridad del equipo responsabilidad del pro veedor por los daños causados por su material o su personal, reparación del sistema, así como al pago de daños y perjuicios.

Es importante incluir, como lo hemos venido haciendo, - los criterios que se siguen en otros países a fin de conside rar en nuestros contratos clausulados pragmáticamente eficaces.

3.4.1. 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 este sufra y en que momento o bajo que circunstancias pasará a la otra parte contratante.

En nuestro país es usual que las partes pacten que el provee-

(1) Bertrand A., op. cit.

dor será 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 éste 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.

3.4.2. RESPONSABILIDAD RESPECTO A LOS DAÑOS CAUSADOS POR EL MATERIAL O EL PERSONAL DEL PROVEEDOR.-

En nuestro país no está bien delimitada aún este tipo de responsabilidad y en base a las circunstancias que hemos venido analizando en cuanto al desequilibrio contractual es difícil que un usuario pueda probar los daños causados a su equipo informático a causa del material o personal empleados por parte del proveedor.

Para conocer esta responsabilidad más a fondo es conveniente analizar los conceptos que de ella se tienen en países de alta tecnología, así tenemos que según el contrato - tipo belga el proveedor será responsable de toda falla o daño provocado a los bienes del usuario siempre y cuando este pueda ser probado y sea resultado de una actitud negligente por parte del proveedor o algún miembro de su personal (1). Una cláusula especial en el contrato francés dice que el proveedor debe garantizar a su cliente contra los daños causa-

- - - - -

(1) Pouillet P., op. cit.

dos por su material o los actos de su personal en los locales donde el equipo informático esté instalado (1).

El contrato tipo alemán estipula que el proveedor responde de los daños corporales al sistema del cliente en la medida en que le sean imputables y responde de otros daños únicamente si estos fueron causados por su negligencia o por errores de su personal en la instalación (2).

La legislación inglesa señala al respecto que el contratante debe indemnizar al usuario por lesiones o daños (incluyendo la muerte de alguna persona) o por pérdida o daño a cierta propiedad cuando sobrevenga de un acto por falta o negligencia del contratante.

Se desprende de las cláusulas anteriores 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 demuestra que el daño proviene de una falta del cliente. Pero si el proveedor causo daño a la información del usuario en forma intencional debe reconstituirla y responder por los perjuicios, asimismo es importante incitar al usuario a prevenirse contra estos eventuales daños capturando su información por duplicado.

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

- - - - -

(1) De Lamberterie I., op. cit.

(2) Waser U., op. cit.

3.4.3. REPARACION DEL SISTEMA.-

En general, los contratos informáticos son lacónicos respecto a la reparación del sistema de cómputo. El período de reparación del sistema por parte del proveedor debe estipularse en el contrato y en el debe señalarse que el proveedor estará obligado a proceder inmediatamente a la reparación.

Los contratos franceses señalan que todo defecto del objeto cuya reparación incumbe al proveedor debe ser señalada sin demora (1).

El contrato tipo alemán pone a cargo del cliente el derecho de facilitar la constatación de fallas al usuario - para que teniendo resultados en cuanto a estas se puedan hacer efectivas en contra del proveedor.

En los contratos informáticos generales en lo relativo al capítulo de mantenimiento se hayan estipuladas ciertas cláusulas referentes al diagnóstico de descomposturas. Sería conveniente motivar al usuario a exigir períodos precisos de reparaciones, fijando día y hora, así como procedimiento a seguir y sanciones en caso de incumplimiento por parte del proveedor.

3.4.4. PAGO DE DANOS Y PERJUICIOS.-

En caso de que las reparaciones a cargo del proveedor no se realicen en la fecha convenida éste será responsa

(1) De Lamberterie I., op. cit.

ble de cada día calendario en que el sistema no pueda ser utilizado debiendo pagar los daños y perjuicios causados al usuario.

Nuestro Código Civil vigente señala al respecto -- que "El que estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido será responsable de los daños y perjuicios" (1).

Se entiende por daños la pérdida o menoscabo sufrido en el particular, por el incumplimiento de una obligación y se reputa perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación (2).

La referida cláusula de daños y perjuicios es un medio de obligar al proveedor a una reparación rápida del sistema de cómputo aunque, en virtud del procedimiento, en la práctica este tipo de disposiciones no son lo suficientemente coercitivas para obligar al proveedor a cumplir con la reparación rápidamente.

En el caso de los contratos alemanes las condiciones y modalidades para la determinación de daños y perjuicios se deriva en base a los siguientes criterios:

- Punto de partida de la obligación a pagar
- Fecha de cesación de la obligación a pagar
- Cálculo del monto de daños y perjuicios, casos particulares en la instalación (3).

- - - - -
 (1) De Lamberterie I., op. cit.
 (2) Waser U., op. cit.
 (3) Waser U., op. cit.

Estos puntos pueden permitir una mejor negociación a los futuros usuarios a fin de evitar penas desproporcionadas respecto al perjuicio sufrido.

En resumen y luego de lo anteriormente expuesto, nos percatamos de que es necesario orientar al usuario para que exija se estipule una cláusula sobre pago de daños y perjuicios en caso de incumplimiento por parte del proveedor en cuanto a los objetivos del contrato así como en lo referente a las reparaciones.

CAPITULO 4

EL CONTRATO DE SEGURO.

4.1. ANTECEDENTES.-

A continuación haremos una breve exposición de los hechos más relevantes en lo relativo al desarrollo del concepto y práctica del seguro.

Nos remontaremos hasta épocas remotas cuando nuestros antepasados practicaban inconscientemente el seguro "poniendo sus riesgos en común" (1).

Existieron formas de mutualidad en Oriente, Grecia, Egipto y Roma con fines de protección respecto a diversos riesgos y necesidades eventuales.

En la Edad Media encontramos que existían en los gremios - normas por virtud de las cuales la organización asumía la obligación de indemnizar a sus miembros por los daños o -- pérdidas sufridas a consecuencia de naufragios, incendios, inundaciones o robos (2).

A mediados del siglo XIV apareció lo que se llamó - "contrato de seguro a prima" el cual toma forma cuando la transferencia del riesgo deja de ser algo accesorio en otros contratos y comienza a operar en forma principal o autónoma. Fueron Florencia, Génova y Venecia las ciudades donde

- - - - -

(1) F. del Caño Escudero, Derecho Español de Seguros, Edición controlada por la Revista Mexicana de Seguros.

(2) De entre estos gremios destaca el anglosajón llamado - "Guilda" en lo relativo a incendios y naufragios.

primero se practicó este tipo de seguro extendiéndose rápidamente al norte de Francia, España y los Países Bajos. Según un autor argentino (1) "En poco más de un siglo, el contrato de Seguro Marítimo, inicialmente revestido bajo - las formas del préstamo marítimo y de la compraventa de las cosas, adquiere su autonomía propia y estructura casi moderna (asegurador, asegurado, póliza, riesgo, prima e interés)".

La relativa uniformidad en los términos y condiciones del contrato hace que pronto aparezcan las primeras pólizas de plaza, como las de Pisa (1385) y Florencia (1397) las cuales ejercieron gran influencia en lo que respecta a interpretación para la solución de casos concretos.

Cuando España cobra preeminencia como potencia comercial, la disciplina legal del seguro marítimo empieza a completarse por virtud de diversas ordenanzas, como las de Barcelona (1435, 1458 y 1484), Burgos (1538), Sevilla (1556) y Bilbao (1569); estos ordenamientos son los que primeramente regulan el contrato de seguro marítimo.

Es en la Gran Bretaña donde se empieza a manejar el seguro marítimo bajo las acepciones que hoy se le conocen, en Francia aparecen a fines del siglo XVI "Le Guidon de la Mer" y "L' Ordonnance de la Marine de 1681" inspirada por el Ministro Colbert que ejercería gran influencia en toda la legislación posterior y que sería el antecedente directo del "Code de Commerce".

- - - - -

(1) Juan Carlos Félix Morandi, Estudios del Derecho de Seguros, ediciones Panedill, Buenos Aires, 1971.

En cuanto a los antecedentes del seguro de Incendio, se menciona como hecho, un incendio catastrófico ocurrido en Londres en 1666 como una experiencia lamentable que hizo ver la conveniencia de organizar este seguro mediante la fundación de sociedades en Inglaterra como la Fire Office (1667), La Fiendly Society (1684) y La Lombard House (1704).

La aparición del seguro de vida en su concepción moderna, esto es, como actividad aseguradora altamente tecnificada ocurrió en Inglaterra gracias a la concurrencia de tres factores fundamentales: el corporativo que se refiere al desarrollo de las sociedades por acciones, el técnico donde encontramos la primera tabla de mortalidad creada por Halley en 1693 (cálculo de probabilidades) y el jurídico donde aparece la "Gambling Act de 1774" que declara válido el seguro sobre la vida de un tercero a condición de que exista un interés legítimo por parte del estipulante.

Si los siglos XV, XVI, XVII y XVIII se destacaron por la codificación de los seguros marítimos, el siglo XIX se caracteriza por la codificación de los seguros terrestres. El primer intento legislativo en materia de seguro terrestre lo encontramos en el código holandés de 1838, posteriormente se promulgan en América varios códigos de comercio en los que se regula la materia del seguro dividida en dos partes: una relativa al seguro marítimo y la otra relativa a los seguros terrestres.

En Europa con la Ley Belga de 1874 y el Código de Comercio de Hungría de 1875, se realizan los primeros intentos por establecer legalmente principios generales, comunes a todos los ramos de seguro; estos ordenamientos sirvieron de modelo a casi todas las legislaciones de finales del siglo pasado, entre ellas cabe destacar a los códigos de comercio italiano (1882), español (1885), rumano (1887), portugués (1888), argentino (1889), mexicano (1889) y japonés (1889).

Con la Ley Suiza del 2 de abril de 1908, se inicia en nuestro siglo la tendencia hacia la sistematización y los nuevos ordenamientos adoptan una posición imperativa en muchas de sus normas que tienden a equilibrar fuerzas y a proteger a la parte más débil en el contrato en este caso, el asegurado.

Siguiendo estas orientaciones aparecen la Ley Alemana - - (1908), Austriaca (1917), Sueca (1927), China (1929), Danesa (1930), Francesa (1930), Mexicana (1935) e Italiana (Código Civil de 1942).

Frecuentemente las legislaciones del siglo XX adoptan el sistema de señalar primeramente amplios principios generales sobre el contrato de seguro, para después dedicar partes especiales a los seguros de daños (con normas comunes y particulares para los distintos ramos) y de personas.

4.1.1. EVOLUCION HISTORICA DEL SEGURO EN MEXICO.-

Hemos señalado ya la importancia que, como manifes

tación del espíritu asistencial, tuvieron los gremios en la Edad Media, pues bien, este tipo de asociaciones existieron en la Nueva España (1).

Al realizarse la Independencia en 1821, México conservó la legislación propia que tenía cuando fué la Nueva España, y que en materia mercantil estuvo constituida por las Ordenanzas del Consulado de la Universidad de los Mercaderes de la Nueva España, confirmadas por el Rey de España en 1604, en las cuales ya se decía que, aunque entonces no había empresas aseguradoras en este país, cuando llegaren a crearse sus operaciones deberían ser regidas por las Ordenanzas de Sevilla, aunque realmente fueron las Ordenanzas de Bilbao las que rigieron en la práctica y en las resoluciones del Consulado de la Nueva España hasta 1854, año en que se expidió el primer Código de Comercio de México, conocido por Código de Lares (como homenaje a su autor) el cual reglamentó el seguro en el título VII en su libro segundo, dedicado a los seguros de conducciones terrestres y en el título III de su libro tercero, que se ocupa de los seguros marítimos.

En la exposición de motivos del Código Civil de 1870, la comisión redactora del proyecto invocó la técnica aseguradora como base de todo contrato de seguro de la siguiente manera: "El seguro, fundado en prudentes convenios

(1) Guillermo Flores Margadant S., Introducción a la Historia del Derecho Mexicano, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 1971.

y hábiles cálculos, somete a reglas casi ciertas las eventualidades y por medio de una contribución voluntaria y distribuida entre muchos, evita la ruina de un individuo y salva - al mismo tiempo los intereses de otros ligados a los de - - áquel".

El Código Civil de 1884 reprodujo los artículos que - el código de 1870 había dedicado a la materia de seguros, pero dejó fuera de su campo de aplicación a los seguros marítimos. Al federalizarse el Derecho Mercantil se expidió el Código de Comercio de 1884 el cual reglamentó el seguro en el título VIII de su libro segundo, dedicado a "Los Seguros Mercantiles" y después en el capítulo III del título III de su libro tercero que se ocupa de los "Seguros Marítimos".

El Código de Comercio de 1889 da un nuevo criterio de la mercantilidad del seguro, pues en su artículo 75 dice que "La ley reputa actos de comercio; XVI. Los contratos de seguros de toda especie, siempre que sean hechos por empresas"; por lo tanto la mercantilidad de contrato de seguro ya no depende de los dos elementos que requería el código de 1884 (El sujeto asegurador que debía ser comerciante o sociedad mercantil y las cosas objeto del riesgo asegurado), según este nuevo código basta que el sujeto asegurador sea una empresa para que el contrato sea mercantil.

Sin embargo, no es sino hasta que se expidió el Código Civil de 1928 cuando se suprimió toda reglamentación del contrato de seguro no mercantil, es decir no realizado por empresa y tácitamente se aceptó la Tesis de Vivante, llamada de "La Empresa", como elemento esencial del contrato de seguro.

El 16 de diciembre de 1892 expidió el Congreso una Ley sobre compañías de Seguros, que somete a éstas a ciertos requisitos para el ejercicio de su actividad.

La ley del 3 de junio de 1896 facultó al Ejecutivo Federal para expedir la Ley de Instituciones de Crédito. La Constitución otorga al Congreso de la Unión la facultad de legislar en materia de comercio tanto en Derecho Privado como en Derecho Administrativo, (artículo 72 Fc.X de la Constitución de 1857 y artículo 73 Fc.X Constitución 1917).

El 25 de mayo de 1926 se expidió la Ley General de Sociedades de Seguros, que rigió a las aseguradoras en todos los ramos de seguros hasta 1935.

En agosto de 1935 se dió el paso más importante en la evolución del Régimen Jurídico del contrato de seguro en México al expedirse la Ley General de Instituciones de Seguros.

También en el año de 1935 se expidió la Ley sobre el Contrato de Seguro, que fué principalmente obra del Señor Manuel Gual Vidal, quien se inspiró en la Ley Federal Suiza de 1908, y en el Proyecto Mossa de 1931.

La Ley sobre el Contrato de Seguro y la Ley General de Instituciones de Seguros han sido objeto de varias modificaciones; la primera de ellas en 1946 y 1966; y la segunda en los daños de 1950, 1951, 1963 y 1966.

4.2. CONCEPTO.-

Para el conocido autor Joaquín Rodríguez y Rodríguez "El seguro es un producto de la cultura y sólo el progreso técnico en ciertos ramos de la actividad humana y muy particularmente en materia de estadísticas y matemáticas, juntamente con una evolución de la situación social le permiten su establecimiento y desarrollo" (1).

Muchos tratadistas han contribuido con definiciones propias respecto al seguro, basando sus conceptos en la jurisprudencia, la doctrina y la práctica, entre ellos el famoso tratadista francés Joseph Hénard quien se muestra contrario a las definiciones legales, pero considera que la doctrina no debe dejar de formularlas haciendo un estudio de las diversas definiciones que hasta 1924 se habían propuesto para el seguro exponiéndolas en 3 títulos correspondientes a los aspectos económico, jurídico y técnico reservando un último título para presentar su siguiente definición "El seguro es una operación por la cual una parte llamada asegurado, se hace prometer mediante una remuneración la prima, para él o para un tercero, en caso de realización de un riesgo, una prestación por otra parte llamada asegurador, quien tomando a su cargo un conjunto de riesgos los compensa conforme a las leyes de la estadística"(2).

El artículo I de la Ley del Contrato de seguro señala claramente el concepto de Contrato de seguro en base a sus elementos específicos: "Por el Contrato de Seguro, la

(1) Rodríguez Rodríguez, Joaquín., op. cit.

(2) Ibid.

Empresa Aseguradora se obliga, mediante una prima, a resarcir un daño o a pagar una suma de dinero al verificarse la eventualidad prevista en el contrato".

Analizaremos a lo largo de este capítulo los elementos específicos del contrato de seguro los cuales se encuentran señalados en la definición que nos dá la ley.

4.3. ELEMENTOS PERSONALES.-

A continuación llevaremos a cabo el análisis de estos elementos.

4.3.1. EL ASEGURADOR.-

Es la persona que debe pagar la indemnización al producirse el siniestro, actúa como intermediario entre las diversas economías aseguradas para distribuir el daño sufrido por los afectados.

En nuestro Derecho, el carácter empresarial del seguro es característica esencial del contrato y por lo tanto sólo pueden ser aseguradores las empresas organizadas en la forma que la Ley dispone.

El maestro César Vivante expresa que es una empresa aseguradora aquella que asumiendo profesionalmente los riesgos ajenos, trata de reunir con las contribuciones de los asegurados un fondo capaz de proporcionar los capitales prometidos a esos mismos asegurados al vencimiento de las promesas, y extrae de los mismos asegurados todo su capital industrial, y estos encuentran la mejor garantía de sus derechos en la integridad del fondo que ellos mismos han su-

ministrado (1).

4.3.2. EL ASEGURADO.-

Es quien contrata con el asegurador y se compromete a pagar determinada cantidad a cambio de la prestación que recibirá llegado el caso y que resuelve la necesidad económica que crea la producción del riesgo.

El asegurado puede atender a la constitución de la relación contractual, al interés asegurado y al destino de las obligaciones del asegurador (2).

La figura subjetiva constitutiva de la relación es la persona a cuyo nombre se celebra el contrato de seguro (contrayente); su consentimiento y capacidad son relevantes, - sobre ella recaen generalmente las obligaciones del contrato, correspondiéndole ciertas facultades de disposición de la relación.

Por otra parte, la figura subjetiva relativa al interés es la persona sobre cuya esfera patrimonial recae el riesgo y que por lo tanto necesita del seguro, es la persona titular del interés asegurado.

4.3.3. EL BENEFICIARIO.-

El beneficiario es la persona a quien se abona el dinero o se prestan los servicios que constituyen el contenido de la obligación del asegurador, no teniendo un derecho propio sino derivado, no independiente sino sujeto a -

(1) Vivante César, Del Contrato de Seguro, traducción de - Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1952.-

(2) Donat, A., op. cit.

las contingencias del contrato por parte del asegurado (1).

Son destinatarios de la prestación del asegurador - aquellos a cuyo favor se ha estipulado el seguro; en el se guro de daños, generalmente el titular del interés asegura do, en el seguro de vida, especialmente para el caso de - muerte, un tercero. El beneficiario como tal, no es el su- jeto del contrato, sino un tercero, a quien en consecuencia en principio tampoco recaen obligaciones, correspondiéndole el derecho a la prestación del asegurador.

Al beneficiario corresponde el derecho a la indemn ización a través del patrimonio del beneficiario; por trans misión intervivos (cesión); o mortis causa; o bien en cuan to titulares de intereses concurrentes (acreedores), que - pasan de la cosa a la indemnización o bien de intereses - coincidentes (copropietarios).

4.4. ELEMENTOS FORMALES.-

A continuación incursionaremos en los elementos de- rivados en cuanto a la forma en el Contrato de Seguro.

En el Derecho Mexicano la redacción por escrito del Contrato de Seguro constituye un requisito "ad probationem", es decir, aunque se establece la constancia por escrito del Contrato de Seguro y de sus reformas y adiciones, ya sea - en documento público o privado, para fines de prueba, aun- que se admite expresamente la confesional, la perfección -

(1) Artículos 42, 82, 163, 171, 178, 185, 188 de la Ley del Contrato de Seguro.

del contrato es consensual y no puede sujetarse a la condición suspensiva de la entrega de la póliza o de cualquier otro documento en que conste la aceptación, ni tampoco a la condición del pago de la prima (1).

Es conveniente citar una idea que esboza el maestro Ruíz Rueda quien menciona que "Aunque el contrato de seguro es uno de los contratos de adhesión más característicos, no por ello bastaría el hecho de que una persona acudiera a una sociedad aseguradora para manifestar su aceptación de las condiciones de cualquier tipo de seguro, para que el mismo se perfeccione, puesto que un contrato es esencialmente acuerdo de voluntades acerca de un objeto materia del mismo" (2).

Las condiciones generales del contrato de seguro permanecen inmutables para dar uniformidad a todas las operaciones que se hagan en cuanto al mismo, pero existen condiciones particulares que cubren riesgos especiales y que son objeto de negociaciones entre las partes porque determinan la extensión del riesgo que se cubre, la suma asegurada, la prima que corresponde de acuerdo con la tarifa aplicada, sus exclusiones, etc.

Es por ello que el futuro asegurado debe llenar un formulario de propuesta que contenga los requisitos establecidos en el artículo 7 de la Ley del Contrato de Seguro para así manifestar su voluntad de celebrar un contrato definitivo

- - - - -

(1) Artículos 19 y 21 de la Ley del Contrato de Seguro.

(2) Ruíz Rueda Luis, El Contrato de Seguro. Editorial Porrúa, 1a. edición, México 1978.

de seguro. Para que el contrato se perfeccione bastará que el asegurador declare que acepta lisa y llanamente la oferta, no sin antes haber analizado el riesgo a cubrir.

Es frecuente que el contrato de Seguros se celebre con la intervención de agentes de seguros (1), quienes explican las operaciones al cliente y le proporcionan los formularios (2).

El contrato de seguro se celebra por correspondencia la mayoría de las veces; la empresa aseguradora necesita recabar la información relativa a las circunstancias y los hechos importantes para poder apreciar la magnitud del riesgo, pide la mayor parte de la documentación por correo y cuando así se requiere envía técnicos especializados para que decidan si se acepta o rechaza el riesgo. Los artículos 5 y 6 de la Ley de Contrato de Seguro confieren plazos a la empresa aseguradora para que pueda formarse un criterio y decidir sobre la propuesta de seguro.

Desde que se perfecciona el contrato de seguro entra en vigor para ambas partes, obligando a los contratantes al cumplimiento de lo expresamente pactado y a las consecuencias que dicho acuerdo de voluntades origine (3).

- - - - -

- (1) La Ley General de Instituciones de Seguros define a los agentes deseguros como las personas físicas o morales que intervienen en la contratación de seguros mediante el intercambio de propuestas y aceptaciones y en el asesoramiento para celebrarlos y para conservarlos o modificarlos, según la mejor conveniencia de los contratantes.
- (2) Artículos 7, 8, 9, 10, 47 y 48 de la Ley del Contrato de Seguro y 1813 del Código Civil para el Distrito Federal.
- (3) Artículo 1810 del Código Civil para el Distrito Federal.

La forma no puede considerarse, en relación con el contrato de seguro, como un elemento de validez, fundamentan lo anterior los siguientes preceptos legales:

"Para fines de prueba, el contrato de seguro, así como sus adiciones y reformas, se hará constar por escrito ..." (1).

"El Contrato de Seguro":

Fracción II.- no puede sujetarse a la condición suspensiva de la entrega de la póliza o de cualquier otro documento en que conste la aceptación ..." (2).

Se establece así el carácter probatorio de la póliza, permaneciendo el contrato ajeno a toda solemnidad.

4.5. ELEMENTOS REALES.-

Toca en turno resaltar este tipo de elementos dentro del Contrato de Seguro.

4.5.1. OBJETOS ASEGURABLES.-

"Se aseguran los intereses que tienen relación con determinados objetos o personas" (3), es decir se aseguran los intereses que existen sobre las personas y sobre toda clase de cosas.

Es indispensable que los contratantes designen la cosa o persona en relación con la cual existe el interés asegurado.

Cosas asegurables por existir un interés sobre --

(1) Artículo 19 Ley del Contrato de Seguro.

(2) Artículo 21 Ley del Contrato de Seguro.

(3) Rodríguez Rodríguez Joaquín, op. cit.

ellas son todas las corporales (muebles e inmuebles, simples y compuestas) e incluso las incorporeales (responsabilidad, crédito, cambio y seguros de seguros).

Las personas para asegurarse han de reunir condiciones de capacidad (1).

Pueden asegurarse varios intereses sobre una cosa y también uno o varios intereses sobre varias cosas consideradas como unidad, como es el caso de seguro de personas (seguro de -- grupo).

4.5.2. LA POLIZA.-

La Ley del Contrato de Seguro impone a las empresas aseguradoras la obligación de redactar y entregar al contratante del seguro una póliza en la que consten los derechos y obligaciones de las partes.

La póliza debe contener:

- 1) Los nombres, domicilios de los contratantes y firma de la empresa aseguradora.
- 2) La designación de la cosa o de la persona asegurada.
- 3) La naturaleza de los riesgos garantizados.
- 4) El momento a partir del cual se garantiza el riesgo y la duración de esta garantía.
- 5) El monto de la garantía.
- 6) La cuota o prima del seguro.
- 7) Las demás cláusulas que deban figurar en la póliza de - acuerdo con las disposiciones legales, así como las con-

 (1) Ver Infra 4.10.2. relativo al Seguro de Personas.

venidas lícitamente por los contratantes.

La compañía de seguros tiene la obligación de expedir a solicitud y por cuenta del asegurado copia o duplicado de la póliza. El valor de la póliza es esencialmente comprobatorio (1).

Existe otro documento que expide el asegurador para que sirva de prueba por cualquier modificación que se haga al contrato, en Francia se llama Ovenant, en España y en Italia Apéndice, en los Estados Unidos Endorsement y en nuestro país se le ha llamado Endoso, en él consta cualquier cláusula adicional que contenga la póliza de seguro.

La Ley del Contrato de Seguro establece que las pólizas de seguro pueden ser nominativas, a la orden y al -- portador (2). El hecho de que una póliza pueda endosarse o transmitirse la garantía del asegurador junto con los bienes expuestos al riesgo asegurado, ha hecho surgir el problema de su naturaleza jurídica (concretamente de si es o no título de crédito).

En nuestro Derecho no es posible considerar que la póliza de seguro pueda llegar a tener el carácter de título de crédito, porque está configurada como documento comprobatorio del contrato de seguro (3). Por lo tanto la pól

- - - - -

- (1) Se hace notar en la Doctrina que la entrega de la póliza constituya una aceptación tácita de la oferta o propuesta.
- (2) Estas no se admiten en seguro de personas (ver Infra correspondiente).
- (3) Artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro.

liza es un documento de los que llama la doctrina declarativos y también es una prueba testimonial porque representa una declaración de verdad escrita (1).

"Los títulos de crédito son una especie particular de documentos constitutivos, y si en derecho la póliza de seguro es por norma imperativa de la ley del contrato de seguro, solamente un documento probatorio y no constitutivo, no es posible considerarla en caso alguno como en título de crédito" (2).

4.5.3. LA PRIMA.-

Es la principal obligación del asegurado y constituye un elemento esencial del contrato, se calcula en función del tiempo de exposición al riesgo que tiene la suma asegurada y de la gravedad e intensidad del mismo.

El artículo 34 de la Ley del Contrato de Seguro llama "Período de Seguro" el lapso para el cual resulta calculada la unidad de la prima, este lapso es generalmente de un año.

Es importante mencionar el principio de indivisibilidad de la prima, pues ésta se debe calcular íntegra. "Salvo estipulación en contrario, la prima convenida para el período en curso, se adeudará en su totalidad, aún cuando la empresa aseguradora no haya cubierto el riesgo sino durante una parte de ese tiempo" (3).

- - - - -

(1) Artículo 19 de la Ley del Contrato de Seguro.

(2) Messineo Francesco., I. Titoli Di Crédito, cit. en nota 30.

(3) Artículo 44 de la Ley del Contrato de Seguro.

El deudor de la prima es el contratante del seguro (1), pero la obligación se extiende al tercero, por cuya cuenta se contrata. El beneficiario del seguro se convierte en deudor de la prima cuando el siniestro se produzca (2). La ley autoriza a las partes que intervienen en este contrato, a pactar el pago de la firma anual en forma fraccionada.

Dado que el contrato de seguro es consensual no puede condicionarse su vigencia al pago de la prima inicial.

La ley concede treinta días como plazo para el pago de la prima, si no se realiza, se procede a la extinción del contrato al sobrevenir la condición resolutoria legal. La ley lo señala así: "En el seguro de cosas gravadas con privilegios, hipotecas ó prendas, los acreedores privilegiados hipotecarios o prendarios, se subrogarán de pleno derecho en la indemnización hasta el importe de crédito garantizado por tales gravámenes. Sin embargo el pago hecho a otra persona será válido cuando se haga sin oposición de los acreedores y en la póliza no aparezca mencionada la hipoteca, prenda o privilegio, ni estos gravámenes se hayan comunicado a la empresa aseguradora" (3).

4.5.4. EL RIESGO.-

La experiencia nos muestra que hay un fenómeno o continua amenaza de daño que se cierne sobre todos los hombres sea respecto de su persona o sus bienes; esta amenaza no se

(1) Artículo 31 de la Ley del Contrato de Seguro.

(2) Artículos 32 y 33 Ley del Contrato de Seguro.

(3) Artículo 109 Ley del Contrato de Seguro.

realiza para todos sino sólo para unos cuantos casos particulares.

Esta amenaza de daño es lo que se conoce como riesgo y el maestro Luis Ruíz Rueda lo define como una "eventualidad dañosa" (1).

Gramaticalmente, eventualidad quiere decir suceso futuro e incierto y en consecuencia puede decirse que riesgo es un suceso dañoso, futuro e incierto.

El riesgo, aunque descansa básicamente en la incertidumbre, lo cual le imprime una naturaleza subjetiva, tiene aspectos de apariencia objetiva ya que la observación de hechos pasados permite inferir los futuros, a veces con certeza y a veces aproximativos, mediante la medida o cálculo de probabilidades.

Un autor define de esta forma al Riesgo: "la probabilidad de que se realice un acontecimiento al futuro que amenaza a toda persona de sufrir un daño o perjuicio por la violación de un deber jurídico stricto sensu o una obligación lato sensu o por un objeto peligroso en si mismo" (2). El destacado estadista de seguros Luigi Molinario, en sus lecciones de técnica actuarial de los seguros contra daños, argumenta que en el plan puramente formal el riesgo se define como un evento aleatorio al cual corresponde una determinada probabilidad de suceso y un costo determinado (3).

(1) Ruíz Rueda Luis, op. cit.

(2) Gutiérrez González Ernesto, Derecho de las Obligaciones, Editorial Cajica, S. A., 5a. edición, México 1979.

(3) Luigi Molinario, Lecciones de Técnica Actuarial de los Seguros contra los daños, Dirección General de Publicaciones, México 1976.

Respecto a la configuración de los riesgos cabe decir que la actividad aseguradora, creada para otorgar cobertura de riesgos diferentes en cuanto a su naturaleza e intensidad y que reflejan la manifestación de eventos económicamente perjudiciales para poder funcionar necesita cuantificar los mencionados riesgos en el plan objetivo, esto significa actualizar, convertir en términos de costo lo que es potencial y difícilmente apreciable para así poder atribuir a cada riesgo la prima adecuada.

Las estadísticas son una herramienta eficaz para delimitar los riesgos, aunque en caso de grandes complejos o innovaciones tecnológicas, como es el caso de los centros de cómputo (hardware y software), es muy poca la ayuda que pueden brindar.

Respecto a la conducta del hombre frente al riesgo, tenemos como primer caso la ignorancia de la existencia de un riesgo determinado; cuando la persona conoce el riesgo debe tratar de eliminar sus efectos desfavorables mediante la prevención aunque hay ocasiones en que la acción de prevenir resulta imposible o ineficaz (1).

Se puede dar el caso de trasladar el riesgo, como cuando se vende una mercancía por cuenta y riesgo del comprador mediante el cobro de una cuota calculada de acuerdo con la probabilidad de aparición del riesgo (2).

Cuando un sujeto desea contratar un seguro debe cono-

- - - - -

- (1) Riegel Robert y Miller Jerome S., Seguros Generales, Principios y Práctica, Traducida de la 4a. edición por Leonof de Paiz, Editorial Continental, México.
- (2) Fernández Dirube Ariel., El seguro, su estructura y su función económica, Editorial Shapire, S.R.L., Buenos Aires.

cer las circunstancias que en conjunto constituyen la situación del riesgo, la cual debe declararla con exactitud al - asegurador para que éste último pueda valorar si acepta asumir el riesgo y en que condiciones (1).

Como el contrato de seguro se celebra tomando como base una determinada situación de riesgo y su desarrollo normal, todo cambio que agrave o disminuya la probabilidad del riesgo debe ser comunicada al asegurador para que se modifique el contrato o se llegue a su terminación si es que éste decide ya no asumir el riesgo (2).

4.5.4.1. CLASIFICACION DE LOS RIESGOS.-

Los aseguradores necesitan un sistema de clasificación de riesgos el cual les permita ofrecer seguros a tantos de sus clientes potenciales como les sea posible, aplicando precios adecuados, es decir, se evalúan las características de cada riesgo.

Los sistemas de clasificación de los riesgos generalmente están basados en análisis estadísticos, los cuales se modifican en base a la información que se proporcione, cabe hacer notar al respecto, que en materia informática de seguros no existen aún estadísticas confiables por lo que resulta más complicado establecer una clasificación de los riesgos.

En muchos casos las fuerzas económicas están en equilibrio, mientras que en otros no lo están (esto se refiere a la oferta y la demanda en el seguro informático), por lo que en un

- - - - -

(1) Artículos 8 al 10, 47 a 51 y 61 de la Ley del Contrato de Seguro.

(2) Artículos 43, 52 al 64, 108 de la Ley del Contrato de Seguro.

ambiente competitivo la clasificación de riesgos es la forma primordial de controlar la inestabilidad causada por la selección adversa (1) produciendo precios válidos y equitativos.

Aunque la dificultad que existe en este tipo de clasificación es la introducción de concepto tales como justicia, equidad y características de riesgos similares ya que cada individuo, negocio, o propiedad son únicos, cabe mencionar que el principal problema a resolver es donde se debe establecer los límites.

4.5.4.2. VARIACION DEL RIESGO.-

El principio fundamental que domina la operación del seguro es la proporcionalidad de la prima al riesgos, a este respecto nuestra Ley del Contrato de Seguro reglamenta las consecuencias de las variaciones de éste especialmente la de su agravación (la cual viene a modificar la obligación del asegurador) y la de su disminución (la cual no trae consecuencias al contrato y sólo tiene como efecto la reducción de la prima correspondiente) (2).

Cuando se produce una agravación del riesgo las condiciones del contrato se modifican, o bien se rescinde el mismo, es por ello que la ley impone al asegurado una obligación de informar toda agravación del riesgo dentro de las 24 horas siguientes de que tenga conocimiento (3); si dicha agravación

(1) Selección adversa es el resultado de la interacción de fuerzas económicas entre compradores y vendedores de seguros, tiene lugar cuando los precios no reflejan los gastos en que incurre la aseguradora.

(2) Artículo 43 de la Ley del Contrato de Seguro.

(3) Artículo 42 de la Ley del Contrato de Seguro.

es provocada por el asegurado en forma voluntaria constituye una causa de cesación de las obligaciones del asegurado.

Es importante prevenir en la medida de lo posible la realización del riesgo o su agravamiento y disminuir la magnitud de los daños producidos por los siniestros. Dicha prevención puede ser organizada o individual; la primera requiere que actúen conjuntamente asegurados y aseguradores así como la Administración Pública, como es el caso de la prevención de incendios, accidentes de trabajo, robos, etc., y la prevención individual queda en manos de los asegurados. En la póliza de seguro hay estipulaciones que señala la ley para que el asegurado soporte una parte del riesgo.

En México la prevención organizada es deficiente en extremo de ahí que las tarifas de seguros son muy elevadas.

4.6. EL SINIESTRO Y SUS CONSECUENCIAS.-

El riesgo (amenaza de daño) es universal o general, en cambio, el siniestro (la realización del daño temido), es particular.

"Siniestro es la realización del riesgo que amenazaba a una persona", a este respecto Fanelli continúa diciendo que "Si el riesgo es el evento que actualiza la responsabilidad del asegurador, por tanto mientras no se realicen todas las condiciones de hecho capaces de convertir en actual la obligación del asegurador, no puede hablarse de que haya un siniestro" (1).

(1) Frank H Knight, Riesgo, Incertidumbre y Beneficio, Ed. M. Aguilar, Madrid 1956.

La garantía o el riesgo asumido por el asegurador se limita por la ley o convencionalmente por las partes, en relación con muchos factores como son el tiempo (1), por el objeto del riesgo, porque se garantiza contra el riesgo que amenaza a una persona o una cosa determinada (2), también existe la limitación territorial que consiste en que el asegurador garantiza solo cuando el evento afecte a personas o cosas que se encuentren en determinados lugares (3) otra limitación es por la naturaleza del riesgo o cuando el evento se realiza en determinadas circunstancias (4).

Por otro lado el artículo 34 fracción VIII de la Ley de Instituciones de Seguros habla de las limitaciones de la indemnización, cuando el asegurador sólo garantiza el resarcimiento por una parte del daño ocasionado, también se hace mención a las franquicias o deducibles.

El asegurado tiene el deber de informar a la empresa aseguradora que se ha producido el siniestro, el artículo 66 de la Ley del Contrato de Seguro señala un plazo máximo de 5 días para ello, y que se haga en forma escrita, para siniestros especiales se disminuya el plazo a 24 horas, como son los casos de incendio, granizo, robo, etc. (5).

Muchas veces al denunciar el siniestro, no es posible que el asegurado dé toda la información, al respecto el artículo 69 de la Ley del Contrato de Seguro dice que es obliga-

- (1) Artículos 20 P.c. IV y 135 de la Ley del Contrato de Seguro.
 (2) Artículos 20, 141 de la Ley del Contrato de Seguro.
 (3) Artículo 913 del Código Civil.
 (4) Artículo 126 de la Ley del Contrato de Seguro.
 (5) Artículos 131 y 133 de la Ley del Contrato de Seguro.

ción del asegurado proporcionar a la compañía de seguros toda la información y documentos de los hechos relacionados con el siniestro, para que la empresa analice cuidadosamente y pueda proceder a indemnizar.

El siniestro fortuito es típicamente el destinado a ser cubierto por el seguro, pero con la extensión del principio de la responsabilidad, la ley previene que la empresa aseguradora responderá del siniestro aún cuando este haya sido causado por culpa del asegurado, y sólo se admite en el contrato la cláusula que libere al asegurador en caso de culpa grave del asegurado (1).

4.7. EL CONTRATO DE SEGURO EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO.-

Los principales ordenamientos jurídicos aplicables al Contrato de Seguro son los siguientes: La Ley del Contrato de Seguro del 26 de agosto de 1935, reformada especialmente por la del 11 de febrero de 1946; la Ley General de Instituciones de Seguros reformada el 18 de febrero de 1946; Reglamento del Seguro del Viajero del 3 de marzo de 1933; Reglamento del Seguro de Grupo del 13 de noviembre de 1936 y sus reformas de 1962; Código de Comercio, Ley de Navegación y Comercio Marítimo (en materia de seguro marítimo) y algunos preceptos de la Ley de Vías Generales de Comunicación, el Código Civil.

El carácter comercial del Contrato de Seguro, encuentra su

(1) Artículos 71, 78 y 79 de la Ley del Contrato de Seguro.

fundamento legal en el artículo 75 del Código de Comercio que a la letra dice: "La ley reputa actos de comercio:

Fracción XVI: Los contratos de seguros de toda especie, siempre que sean hechos por empresas".

Como por otra parte resulta que según nuestra legislación, só lo pueden practicar operaciones activas de seguros, en territorio mexicano, las personas jurídicas que tengan el carácter legal de Institución de Seguros; El Contrato de Seguro será siempre comercial.

En nuestro régimen dicho contrato consta de los siguientes elementos esenciales y de validez.

4.7.1. ELEMENTOS ESENCIALES.-

Se refiere al consentimiento y al objeto, a este respecto tenemos que el consentimiento es el elemento esencial del contrato y consiste en el acuerdo de dos o más voluntades sobre la producción o transmisión de obligaciones y derechos, siendo necesario que estas voluntades tengan una manifestación exterior (1).

La ley de la materia contempla principalmente el caso de formación del contrato entre ausentes, como el supuesto general de celebración (2), ello es atribuible al carácter masivo de la actividad aseguradora y a necesidades de naturaleza técnica como la selección de riesgos.

Es muy importante el contenido del artículo 5 de la Ley del Contrato de Seguro que a la letra dice que "Las ofertas de ce

(1). Ver Ruiz Rueda Luis., op. cit.

(2). Borja Soriano Manuel, Teoría General de las Obligaciones, Editorial Porrúa, México 1968.

lebración, prórroga, modificación o restablecimiento de un contrato suspendido, obligarán al proponente durante el término - de quince días, o el de treinta cuando fuere necesario practicar examen médico, si no se fija un plazo menor para la aceptación".

Sobre el sistema impuesto por la ley, acerca de el momento en que queda formado el contrato, debemos atender a lo preceptuado en estos términos: "El contrato de seguro se perfecciona desde el momento en que el proponente tuviere conocimiento de la aceptación de la oferta..." (1). En esta norma encontramos que se adopta el sistema de información, esto por que no basta que la empresa declare su aceptación (sistema de declaración), ni dirigiéndola al proponente (sistema de expedición), ni aún con que este la reciba (sistema de recepción), sino que será necesario se imponga esta aceptación.

Se considera al contrato de seguro como un contrato de adhesión, enseguida transcribiremos la definición que de este tipo de contratos hace la Ley Federal de Protección al Consumidor:

Artículo 4: "para los efectos de esta ley, se entiende por - contratos de adhesión aquellos cuyas cláusulas hayan sido - aprobadas por alguna autoridad o redactadas unilateralmente por el proveedor, sin que la contraparte para aceptarlo, pueda discutir su contenido".

Ahora bien, hay 3 normas legales que cabe citar en conexión con el tema: Las 2 primeras son la fracción I del artículo - 24 y el artículo 25 de la Ley de Instituciones de Seguros -

- - - - -

(1) Artículo 21 de la Ley del Contrato de Seguro.

que en líneas generales estructuran un rígido sistema de control mediante el requisito de aprobación previa de prácticamente todos los documentos que, dirigidos al público, la institución de seguros intente usar. Control que abarca no sólo el contenido, sino aún los aspectos tipográficos de dichos documentos. La tercera de las normas dice: "Las condiciones generales del seguro deberán figurar en el mismo formulario de oferta suministrado por la empresa aseguradora" (1).

En conclusión a este punto podemos decir que el contrato de seguro es un contrato de adhesión, pues reúne las características enunciadas por la definición legal citada.

El objeto directo de todo contrato es la creación o transmisión de obligaciones y derechos, relativos a prestaciones de dar, hacer o no hacer, por otra parte, el objeto indirecto consiste en la cosa que el obligado debe dar, o en el hecho que el obligado debe hacer o no hacer.

El artículo 1 de la Ley del Contrato de Seguro señala que "Por el contrato de seguro la empresa aseguradora se obliga mediante una prima a resarcir un daño o a pagar una suma de dinero, al verificarse la eventualidad prevista en el contrato".

Atendiendo a este precepto, el objeto del contrato de seguro, será el de crear para la empresa aseguradora la obligación de resarcir un daño o pagar una suma de dinero al verificarse la eventualidad prevista, y para el asegurado la de pagar una suma de dinero o sea la prima.

Procede hacer notar que, en el seguro contra los daños, la obligación de la empresa puede tener por objeto un dar o un

- - - - -

(1) Artículo 7 de la Ley del Contrato de Seguro.

hacer, según se prevé en la definición anotada anteriormente y así lo confirma el siguiente artículo que señala:

"La empresa aseguradora podrá adquirir los efectos salvados, siempre que abone al asegurado su valor real según estimación pericial. Podrá también reponer o reparar a satisfacción del asegurado, liberándose así de la indemnización" (1).

Queda en esta forma como facultad de la empresa, el elegir el medio de dar cumplimiento a su obligación.

4.7.2. ELEMENTOS DE VALIDEZ.-

Estos elementos se refieren a la capacidad legal, la ausencia de vicios del consentimiento, el objeto, motivo o fin lícito y la forma.

En cuanto al primero de ellos vamos a enumerar diversas normas legales que delimitan la capacidad legal para actuar como asegurador.

En primer lugar nos referimos a 3 disposiciones del Código Civil vigente para el Distrito Federal "Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario" (2).

"Las personas morales se regirán por las leyes correspondientes, por su escritura constitutiva y por sus estatutos" (3).

"Son hábiles para contratar, todas las personas no exceptuadas por la ley" (4).

 (1) Artículo 116 de la Ley del Contrato de Seguro.

(2) Artículo 8 de la Ley del Contrato de Seguro.

(3) Artículo 28 de la Ley del Contrato de Seguro.

(4) Artículo 1798 de la Ley del Contrato de Seguro.

Otros preceptos de las leyes especiales argumentan que

"En materia de actividad aseguradora:

1.- Se prohíbe a toda persona física y a toda persona jurídica que no tenga el carácter legal de institución de seguros, la práctica de cualquier operación activa de seguros en territorio mexicano" (1).

"En materia jurisdiccional:

Fracción IV.- Los contratos concertados contra las prohibiciones del artículo 3 no producen efecto legal alguno. . ." (2).

"Las empresas de seguros sólo podrán organizarse y funcionar de conformidad con la Ley General de Instituciones de Seguros" (3).

De esta forma un contrato de seguro en el que figurará como asegurador una persona física, o una persona moral que no se encontrara autorizada para ello, sería nulo por contravenir una ley prohibitiva y por quedar estas personas exceptuadas por la ley para el ejercicio de esta actividad. En cuanto a la capacidad legal del proponente son aplicables las reglas del derecho común.

Respecto al segundo de los elementos de validez que se refiere a la ausencia de vicios del consentimiento, cabe decir que a través de algunos preceptos, la ley de la materia contempla y regula ciertos casos especiales de error, mala fé y dolo estableciendo las correspondientes sanciones en cuanto a la validez del contrato.

(1) Artículo 3 de la Ley de Instituciones de Seguros.

(2) Artículo 136 de la Ley de Instituciones de Seguros.

(3) Artículo 2 de la Ley de Instituciones de Seguros.

A continuación citaremos normas de interés referente a este elemento:

"El contrato de seguro será nulo si en el momento de su celebración el riesgo hubiere desaparecido o el siniestro se hubiere ya realizado. Sin embargo los efectos del contrato podrán hacerse retroactivos por convenio expreso de las partes contratantes; en caso de retroactividad, la empresa aseguradora que conozca la inexistencia del riesgo, no tendrá derecho a las primas ni al reembolso de sus gastos, el contratante que conozca esa circunstancia perderá el derecho a la restitución de las primas y estará obligado al pago de los gastos" (1).

"El contrato de seguro será nulo si en el momento de su celebración la cosa asegurada ha perecido o no puede seguir expuesta a los riesgos. Las primas pagadas serán restituidas al asegurado con deducción de gastos hechos por la empresa. El dolo o mala fé de alguna de las partes, le impondrá la obligación de pagar a la otra una cantidad igual al doble de la prima de un año" (2).

"Cuando se celebre un contrato de seguro por una suma superior al valor real de la cosa asegurada y ha existido dolo o mala fé de alguna de las partes, la otra tendrá derecho para demandar u oponer la nulidad. . . ." (3).

"El asegurado que celebre nuevos contratos ignorando la existencia de seguros anteriores, tendrá el derecho de rescindir los nuevos. . . ." (4).

(1) Artículo 45 de la Ley del Contrato de Seguro.

(2) Artículo 82 de la Ley del Contrato de Seguro.

(3) Artículo 95 de la Ley del Contrato de Seguro.

(4) Artículo 104 de la Ley del Contrato de Seguro.

De esta forma encontramos que lo previsto como consecuencia para las hipótesis descritas en los dos primeros preceptos citados, es la nulidad absoluta, mientras que para las otras hipótesis será la nulidad relativa.

El artículo 47 de la Ley del Contrato de Seguro parece prescribir la nulidad absoluta, para los casos de omisión o inexacta declaración de los hechos importantes en la apreciación del riesgo.

En cuanto al tercer elemento de validez: objeto, motivo o fin lícito, vamos a tratar normas relativas al motivo o causa ilícita, para ilustrar la forma en que la ley maneja esta materia.

"Cuando se contrate con varias empresas un seguro contra el mismo riesgo y por el mismo interés, el asegurado tendrá la obligación de poner en conocimiento de cada uno de los aseguradores la existencia de los otros seguros" (1).

"Si el asegurado omite intencionalmente el aviso de que trata el artículo anterior, o si contrata los diversos seguros para obtener un provecho ilícito, los aseguradores quedarán liberados de sus obligaciones" (2).

"Los contratos de seguros celebrados de buena fé, en la misma o en diferentes fechas, por una suma total superior al valor del interés asegurado, serán válidos y obligarán a cada una de las empresas aseguradoras hasta el valor íntegro del daño sufrido, dentro de los límites de la suma que hubieren asegurado" (3).

- - - - -

(1) Artículo 100 de la Ley del Contrato de Seguro.

(2) Artículo 101 de la Ley del Contrato de Seguro.

(3) Artículo 102 de la Ley del Contrato de Seguro.

En estos términos la ley condena en general todo afán de lucro que el asegurado pueda tener como finalidad, al celebrar un contrato de seguro contra daños.

4.8. CARACTERISTICAS DEL CONTRATO DE SEGURO.-

El Contrato de Seguro es bilateral, pues aún cuando la obligación principal de la empresa de resarcir un daño o pagar una suma de dinero depende para su existencia de la verificación de la eventualidad prevista, la empresa contrae la obligación por virtud del contrato de expedir la póliza y entregarla al asegurado (1).

Por otra parte, el asegurado está obligado a pagar la prima - como contraprestación, sin que ello dependa de ninguna condición. Se ve, por tanto, que el contrato genera obligaciones - para ambas partes.

Puesto que el contrato de seguro necesariamente establece provechos y gravámenes será siempre oneroso, se explica esto porque el resarcimiento del daño o el pago de una su ma de dinero, y el pago de la prima, son gravámenes que cons tituyen provechos para la otra parte.

Este contrato es también aleatorio puesto que, en - cuanto a la empresa aseguradora "La prestación debida depende de un acontecimiento incierto, lo que constituye la nota distintiva de este tipo de contratos (2).

Puesto que la obligación del asegurador es condicio--
nal, y puesto que según la ley el contrato de seguro no pue

(1) Artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro.

(2) Según el artículo 1938 del Código Civil para el Distrito Federal.

de sujetarse a la condición del pago de la prima el contrato es consensual, en oposición al real (1).

Y es también consensual en oposición al formal, puesto que su validez no depende de ninguna formalidad o solemnidad.

La naturaleza de la obligación de la empresa aseguradora, impone la noción de que se trata de un contrato sucesivo pues es característica de toda condición, el que su realización o cumplimiento sea además de posible, probable, -- por eso la realización de la eventualidad prevista para un sólo instante determinado retringiría toda probabilidad de ver actualizada la obligación de la empresa, por lo que el contrato de seguro siempre comprende o ampara un período de tiempo más o menos largo que es determinado o determinable.

El contrato de seguro es principal, puesto que existe por sí solo. En general, los contratos accesorios tienen por finalidad la de establecer derechos igualmente accesorios de garantía de obligaciones.

Es frecuente que se asegure una cosa o que se contrate un seguro sobre la vida de un tercero a fin de rodear de seguridades un crédito, sin embargo, aún en esos casos el contrato sigue siendo principal porque no sigue la suerte del contrato que dió origen al crédito.

4.9. EL REASEGURO.-

"La constitución de una mutualidad es la reunión de un conjunto considerable de casos expuestos a un mismo riesgo, cuya organización se lleva a cabo conforme a las leyes

- - - - -

(1) Artículo 20 Fr. II de la Ley del Contrato de Seguro

de la estadística" (1).

No es posible garantizar el funcionamiento perfecto de una mutualidad, ni la compensación o dispersión de los riesgos pues es muy difícil que se logre la homogeneidad plena de los mismos, y aunque las diferencias de prima tienden a nivelar todos esos casos, no se llegan a reunir conjuntos suficientes para alcanzar el fin propuesto.

Es por lo anterior que se acude a la figura del reaseguro que ha dado al seguro un carácter internacional de gran relieve, consistente en el Contrato de Seguro que los propios aseguradores celebran con otros aseguradores (reaseguradores) para cubrirse contra el riesgo derivado de sus propios seguros al realizarse el siniestro y tener que pagar los reasegurados, que son las aseguradoras directas.

"El reaseguro es el medio para atenuar irregularidades y disminuir la importancia de las desviaciones en el contrato de seguro" (2) es decir, que el asegurador reúne un conjunto importante de casos expuestos a un mismo riesgo, cuyas primas cobra fundándose en los resultados que muestran las estadísticas en las tablas de frecuencias, pero éstas no proporcionan sino una probabilidad teórica de la realización del siniestro y la realidad no corresponde sino de una manera aproximada a esa probabilidad estadística habiendo desviaciones influenciadas por el número de

(1) Rufz Rueda Luis, op. cit.

(2) Ibid

riesgos y por el valor de los mismos.

La finalidad del reaseguro es descargar la responsabilidad, a este respecto, el artículo 37 de la Ley General de Instituciones de Seguro dice que "Los excedentes - que tengan las instituciones sobre sus límites de retención en un solo riesgo asegurado, podrán distribuirlos mediante la participación en coaseguro de otras instituciones concesionadas o bien cederlos a instituciones concesionadas o reaseguradoras extranjeras registradas ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público".

Es complicado el estudio de los efectos del reaseguro, porque aún cuando la empresa se reasegure contra los riesgos que ella misma aseguró, seguirá siendo la única responsable frente al asegurado.

La naturaleza jurídica de esta figura es muy discutida, la doctrina argumenta que es un seguro de seguros. Un seguro de patrimonio, el del asegurador-reasegurado, - contra el riesgo de tener que pagar una suma determinada como consecuencia de la producción del siniestro asegurado por él (1).

4.10. TIPOS DE SEGUROS.-

Procederemos a continuación a enumerar los diferentes Tipos de Seguro que consideramos de interés a resaltar.

4.10.1. SEGURO DE DAÑOS EN GENERAL.-

La Ley del Contrato de Seguro divide estos en dos -

(1) Rodríguez Rodríguez Joaquín, op. cit.

grandes grupos: El de daños y el de personas. En su primer artículo nos señala los primeros, objeto de nuestro estudio. Los seguros de daños son aquellos mediante los cuales la Empresa Aseguradora se obliga, a cambio del pago de la prima, a resarcir el daño patrimonial que sufra el asegurado al realizarse el evento temido (riesgo) previsto en el contrato.

Algunos autores suelen subdividir este seguro en seguro de cosas y seguro de responsabilidad; los primeros garantizan el resarcimiento del daño patrimonial causado por el siniestro y los segundos garantizan el resarcimiento -- del daño patrimonial que se ocasiona para el asegurado cuando surge un adeudo que aumenta el pasivo de su patrimonio.

El seguro de daños es un contrato de indemnización, es decir, jamás debe procurar una ganancia al asegurado, -- sino resarcirle únicamente los daños sufridos (1). A este efecto el artículo 86 de la Ley del Contrato de Seguro señala que "en el seguro de daños la empresa aseguradora responde solamente por el daño causado hasta el límite de la suma y del valor real asegurados".

El interés asegurable constituye el objeto del contrato de seguro. Es un elemento del riesgo asegurable y es la relación que necesariamente debe existir entre el asegu

(1) Artículo 85 de la Ley del Contrato de Seguro "Todo interés económico que una persona tenga en que no se produzca un siniestro, podrá ser objeto de contrato de seguro contra los daños."

rado y el peligro de daño (1), por lo tanto, no hay riesgo asegurable si no hay interés en que éste no se produzca de ahí que el seguro no puede ser una causa de lucro sino de disminución o supresión de un daño al menos en sentido económico y para ello debe tenerse en cuenta la distinción entre daño emergente, lucro cesante y provecho esperado.

A este respecto diremos que el daño emergente es la pérdida inmediata y efectiva que supone el riesgo. El lucro cesante es la pérdida consecuencia del riesgo cuando se trata de beneficios que se habrían obtenido en virtud de una relación jurídica existente en el momento en que ocurrió el daño y el provecho esperado es el beneficio lógicamente conseguible, pero no jurídicamente convenido, impedido por el riesgo.

La suma asegurada es el monto de la garantía convenida por los contratantes es el máximo de la obligación indemnizatoria del asegurador, máximo al cual deberá llegarse siempre que el monto de los daños sufridos lo igualen o sobrepasen (2).

El valor de resarcimiento o de reemplazo es el valor inmediato posterior al siniestro o valor residuo.

"Las partes pueden fijar en el contrato de seguro el valor estimativo de la cosa asegurada para los efectos de resarcimiento del daño" esto se refiere a valuar las obras de arte,

- - - - -

- (1) Donati, Antigono.- Los Seguros Privados, Manual de Derecho, Edición controlada por la Revista Mexicana de Seguros.
- (2) La cual debe constar en la póliza, como lo señala la fracción V del artículo 29 de la ley del Contrato de Seguro.

antigüedades, ejemplares únicos, etc. (1).

Hay cuatro diferentes formas de los seguros de daños:

- a) -Seguro pleno.- Existe cuando la relación entre suma asegurada y el valor del seguro es igual; en caso de siniestro se paga íntegramente el daño sufrido sea total o parcial.
- b) -Sobreseguro.- Se presenta cuando la relación que existe entre suma asegurada y el valor de seguro es tal que la primera sea superior al segundo, en este caso puede resultar que se trate de obtener un lucro por parte del asegurado (2).
- c) -Infraseguro.- Cuando la relación que hay entre la suma asegurada y el valor del interés asegurado es tal que la primera sea inferior al segundo, se considera que el asegurado sólo está cubierto respecto de los daños que sufra el producirse el siniestro en un tanto por ciento igual al que represente la suma asegurada con relación al valor del interés asegurado.
- d) -Seguro Múltiple.- Es el seguro que se contrata con diversas compañías para cubrir el mismo riesgo y el

(1) Artículo 93 Ley del Contrato de Seguro.

(2) Artículo 95 de la Ley del Contrato de Seguro.

mismo interés debiendo "coexistir" en el momento del siniestro.

4.10.2 SEGUROS DE DAÑOS EN PARTICULAR. -

Los seguros de daños tienen por objeto la cobertura de riesgos ligados a eventos de las que pueden derivarse - destrucción de bienes materiales, pérdida de patrimonio, lesión de intereses, surgimiento de obligaciones, etc.

La división de este tipo de seguros se liga a la necesidad de una calificación técnica de los riesgos lo que se ha hecho en seguro de daños a las cosas, seguro de daños al patrimonio y seguros de las personas.

Así tenemos a los seguros de Incendio, provechos esperados, transporte terrestre, responsabilidad, crédito y sobre daños no previstos en la Ley así como el seguro de personas y de vida.

a) SEGURO CONTRA INCENDIO:

El seguro de incendio se rige por las disposiciones sobre seguros de daños y por las particulares de seguro de incendio estipuladas en los artículos del 122 al 128 de la Ley de Contrato de Seguro también debemos citar las condiciones generales establecidas en las pólizas de seguros las cuales han constituido un derecho uniforme y consuetudinario.

En este seguro, la empresa aseguradora contrae la obligación de indemnizar los daños y pérdidas causadas ya sea por incendio, explosión, fulminación o accidentes de naturaleza semejante. El concepto de incendio ha sido muy -

discutido en la doctrina y en la jurisprudencia por lo que sólo se han dado soluciones casuísticas.

Son objetos asegurables todos los bienes muebles o inmuebles susceptibles de ser deteriorados o destruidos por la acción de riesgos comprendidos en este seguro, hay objetos que quedan excluidos del contrato ordinario pero que pueden convertirse entre las partes y enunciarlos en la póliza.

En el seguro de incendio rige estrictamente el principio de seguro de daños que implica el pago del daño, en cuanto al valor de las cosas en el momento del siniestro - cabe mencionar que se dan las figuras de sobreseguro, infraseguro y de doble seguro.

Debe tomarse en cuenta que la ley fija criterios para la valorización de los objetos asegurados (1), para lo que nos interesa se dispone que se entenderá como valor indemnizable para las mercancías y productos naturales; el precio corriente en plaza, para los edificios, el valor local de construcción (su valor de venta) y para los muebles, objetos, instrumentos de trabajo y máquinas la suma que exigirá la adquisición de objetos nuevos se hará tomando en cuenta la estimación del valor indemnizable, o sea el valor de adquirir tales objetos nuevos y analizando los cambios de valor que hayan tenido los objetos asegurados.

Al producirse el siniestro el asegurado tiene una serie de obligaciones: en primer lugar el deber de informar a la empresa aseguradora por escrito dentro de los 15

(1) Artículo 113 de la Ley del Contrato de Seguro.

días siguientes al siniestro indicando detalladamente los objetos averiados o destruidos y el importe de la pérdida teniendo en cuenta el valor de los objetos a la fecha del siniestro para cuyos efectos el asegurado debe acompañar a su reclamación todos los documentos necesarios como prueba y proporcionar datos relacionados con el origen y causa del incendio.

La empresa aseguradora puede adoptar medidas como penetrar en los locales en que ocurrió el incendio, tomar posesión y disponer de los mismos, examinar, clasificar los objetos y si hay salvamento a su favor puede trasladarlo a otro lugar o venderlo y algo muy importante es que puede llevar ajustadores y peritos en la materia para que hagan un avalúo del siniestro.

b) SEGURO DE PROVECHOS ESPERADOS:

Es un seguro de daños en el que se tiene en cuenta no el daño emergente sino el lucro cesante, es lícito el seguro de provechos esperados dentro de los límites de un interés legítimo, es decir, es un seguro de rendimientos probables (1).

Se denomina así todo seguro en el que se tenga en cuenta no el valor concreto del daño emergente sino los posibles beneficios que ya no se percibirán a consecuencia del siniestro, hay que tomar en cuenta que este seguro puede prestarse fácilmente a los abusos y que el riesgo de --

(1) Artículo 129 Ley del Contrato de Seguro.

una industria hablando en materia mercantil no es en sí asegurable (1).

Este seguro puede ser motivo de un contrato con su póliza o bien estar dentro de otro contrato en una cláusula especial. En este seguro el concepto de interés es el mismo que en el seguro de daños y supone una relación económica que vincula a una cosa con un patrimonio de manera que al dañarse se sufre un perjuicio.

c) SEGURO DE TRANSPORTE TERRESTRE:

Son objeto del contrato de seguro contra los riesgos de transporte todos los efectos transportables por los medios propios de la locomoción terrestre. Podrán asegurarse no solo los dueños de las mercancías transportables, sino todos los que tengan interés o responsabilidad en su conservación expresando en el contrato el concepto por el que contratan el seguro (2).

Las pólizas mexicanas cubren los riesgos de desplome, colisión, volcadura, descarrilamiento, hundimiento del vehículo o rotura del puente, daños causados directamente por incendio, rayo o explosión.

Hay riesgos que no son cubiertos por el seguro como - la naturaleza perecedera inherente a las mercancías transportadas, demora o pérdida del mercado, etc. (3).

- - - - -

(1) Artículo 130 de la Ley del Contrato de Seguro.

(2) Artículo 140 de la Ley del Contrato de Seguro.

(3) La extensión de este seguro la fija el artículo 139 de la Ley del Contrato de Seguro.

La empresa aseguradora tiene el derecho de subrogarse en las obligaciones del asegurado para repetir contra - los portadores por los daños que éstos sean responsables (1).

Según las pólizas de transporte terrestre el asegurado empieza a correr el riesgo desde el momento en que los bienes asegurados quedan a cargo de los portadores para su transporte y cesa 48 horas de días hábiles después de la llegada de los bienes al punto de destino estipulado o con su entrega al consignatario.

Las pólizas mexicanas establecen que el asegurado debe realizar todos los actos necesarios para la protección de los bienes asegurados.

En la póliza se establecen cláusulas relativas a la reclamación que el asegurado deberá presentar contra el portador en los términos legales. Debe comunicar el daño al asegurado y presentarle una certificación de daños, la factura comercial y demás documentos que se le pidan.

En los mismos términos similares a este seguro se cubren - los riesgos por transporte marítimo sólo que la legislación para cada caso se encuentra separada a lo que creemos debe propugnarse por una unificación.

d) SEGURO DE RESPONSABILIDAD:

El riesgo que cubre este seguro es la responsabilidad. Responsabilidad es la obligación de resarcir el daño

(1) Artículo 143 de la Ley del Contrato de Seguro.

patrimonial causado a un sujeto jurídico.

Tradicionalmente, la responsabilidad descansa en la noción de culpa (teoría clásica), junto a la responsabilidad por los propios actos culposos, antiguamente se conocía la responsabilidad por los hechos de los dependientes, empleados, sirvientes o de animales propiedad del responsable, en nuestros días, aparecen nuevas nociones basadas en la situación de los obreros y empleados y con la aparición de mecanismos de uso peligroso o actividades que impliquen un riesgo para los demás, al mismo tiempo, la aparición de los automóviles, aviones, aparatos eléctricos y otros mecanismos de funcionamiento peligroso demostraron que el concepto clásico de culpa era insuficiente para ser aplicado a estas situaciones y que era necesario acudir a la idea de la responsabilidad objetiva independientemente de toda idea culposa (1).

En el Derecho mexicano tenemos conceptos de responsabilidad culposa, de responsabilidad por hechos ajenos y de responsabilidad por hechos de cosas (2).

El artículo 1913 del Código Civil del D. F. enuncia que cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosas por sí mismas, por la velocidad que desarrolle, por su naturaleza explosiva o inflamable o por otras cosas análogas está obligado a responder del daño que cause aunque no obre ilícitamente a no

(1) Rodríguez y Rodríguez Joaquín, op. cit.

(2) Artículos 1910, 1920 al 1925 del Código Civil para el D. F.

ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

Toda esta gama de responsabilidades exige la existencia de un seguro en la medida que una persona puede verse envuelta sin conocimiento por su parte en graves responsabilidades, de esta forma nació el seguro de responsabilidad por la aparición de la idea de riesgo objetivo.

La compañía de seguros se obliga a pagar la indemnización que el asegurado deba a un tercero a consecuencia de un hecho que cause el daño previsto en el contrato de seguro, es un seguro de terceros y se relaciona directamente el asegurador con el perjudicado; es un contrato de indemnización pero no es un seguro de cosas individuales sino del patrimonio en su conjunto.

El interés lo representa el deber de responsabilidad del asegurado frente a terceros en este caso el evento dañoso es el hecho que origina la responsabilidad.

En nuestro país hay cuatro tipos de pólizas de responsabilidad: a) Por riesgos profesionales de trabajo.

b) Por riesgo de accidentes de transporte.

c) Por riesgos de accidentes de automóvil.

d) Por riesgos profesionales distintos del trabajo (empresas, hospitales, hoteles, teatros, etc.).

e) SEGURO DE CREDITO:

Este seguro se refiere al valor de las pérdidas su-

fridas por los comerciantes a causa de la insolvencia de sus clientes, motivada en las operaciones de venta a crédito y - en las demás formas de concesión de crédito (1).

Este tipo de seguro tiene origen anglosajón apareciendo a principios del siglo XVIII, en Europa, aunque conocido y reglamentado, es poco usado más no así en los Estados Unidos y en Inglaterra.

En México este seguro era desconocido hasta antes de las reformas de la Ley de Instituciones de Seguros y de la Ley del Contrato de Seguro hechas en 1946. La Ley del Contrato de Seguro considera que el seguro de crédito es una de las operaciones de seguro sujetas a autorización, por su parte, la Ley de Instituciones de Seguros en su artículo 34 fracción VIII establece que el seguro de crédito comprende el pago de la indemnización de una parte proporcional de las pérdidas que sufra el asegurado a consecuencia de la insolvencia total o parcial de sus clientes deudores por créditos comerciales.

La Ley del Contrato de Seguro comprende los supuestos de insolvencia total y parcial; la primera se da cuando el deudor no puede atender el cumplimiento de la obligación y la parcial cuando el incumplimiento sólo puede ser en moneda de quiebra o por una parte del crédito exigible.

(1) Insolvencia en el sentido de la National Bankruptcy Act. es la quiebra, suspensión de pagos, concurso, embargo infructuoso y en general todas aquellas situaciones en donde el acreedor se ve imposibilitado para obtener el cumplimiento de sus créditos por la carencia de bienes libres del deudor en cantidad suficiente para ello.

Los factores que influyen en la organización de este seguro son la línea de negocios del asegurado, el porcentaje de las pérdidas por insolvencia que será indemnizada por el asegurador, los antecedentes del asegurado en cuanto a pérdidas de este tipo y el tipo de póliza que en la práctica comprende - múltiples combinaciones.

f) SEGURO CONTRA ROBO:

Este seguro supone como riesgo el robo con violencia, es decir la sustracción de objetos propiedad del asegurado en donde hay penetración ilegal con uso de fuerza y violencia en el local ocupado por el asegurado debiendo existir - señales visibles de ello dejados por la herramienta, explosivos o medios utilizados.

Las compañías aseguradoras mexicanas establecen dos, tres o más tipos de cosas que pueden ser aseguradas en conjunto pero éstas no responden por las cosas que se tengan o guarden como muestras en venta o para entregarse después de ventas, ni por pérdidas causadas por guerra, motín, conmoción civil o huelga.

g) SEGURO CONTRA ROTURA DE CRISTALES:

Este seguro comprende la reparación del daño que consiste en la rotura de cristales provocada por incendio, temblores, huracán, rayo, guerra, inundación o derrumbe del edificio o parte de él, reparación, alteración mejoras, ragaduras u otros defectos superficiales.

La condición es que los cristales estén colocados en sus res

pectivos lugares.

Las pólizas de este seguro comprenden uniformemente el derecho del asegurador para reponer los vidrios o pagar el importe.

h) SEGURO DE PERSONAS, DE VIDA Y DE GRUPO:

Los seguros de personas tienen como nota común la de que el riesgo se refiere siempre a la vida humana, es un seguro de indemnización por razón de falta de salud, inaptitud para el trabajo, vejez, accidentes o enfermedades c en su caso la muerte, suponen que el patrimonio del asegurado corre el riesgo de perder los ingresos esperados y aún de - disminuirlo.

En el seguro de muerte es hipótesis necesaria que haya un - tercero que adquiera el beneficio del seguro; en los seguros para caso de vida, el riesgo es la pérdida de la capacidad productiva y en los seguros de accidentes y de enfermedad es evidente el carácter indemnizatorio de los gastos realizados y del lucro cesante de sobrevivencia. Todos los supuestos anteriores quedan comprendidos en el artículo 151 de la Ley del Contrato de Seguro el cual señala que el seguro sobre - las personas comprende todos los riesgos que puedan afectar a la persona del asegurado en su existencia, integridad, personal, salud o vigor vital.

En el seguro de vida el asegurador se compromete a - pagar una o varias cantidades contra el pago de la prima, al producirse el riesgo previsto que se refiere a la duración de la vida del asegurado, este seguro es una modalidad del -

seguro de personas y en él cabe la existencia de un asegurador, de un contratante del seguro que es quien paga la prima, de una persona sobre quien se hace el seguro y de un beneficiario receptor del seguro.

La póliza de seguro sobre las personas debe llenar los siguientes requisitos: el nombre completo y fecha de nacimiento de la persona o personas sobre quienes recaiga el seguro, el nombre completo del beneficiario si hay alguno determinado, el acontecimiento o el término del cual dependa la exigibilidad de las sumas aseguradas, y en su caso, los valores garantizados. Es una póliza nominativa ya que pueden asegurarse la vida y toda clase de riesgos que afecten a la existencia de la persona sobre quien se constituye el seguro. La Ley de Contrato de Seguro no excluye los riesgos de guerra y comprende el suicidio en su artículo 186.

El artículo 185 de la Ley del Contrato de Seguro dice que "el beneficiario perderá todos sus derechos si atenta injustamente contra la persona del asegurado. Si la muerte de la persona asegurada es causada injustamente por quien celebró el contrato el seguro será ineficaz pero los herederos del asegurado tendrán derecho a la reserva matemática".

El asegurado debe efectuar el pago de la prima en los plazos convenidos, en este seguro no siempre es condición el pago de la prima para que subsista el contrato, por otra parte este seguro tiene como característica el constante aumento del riesgo, puesto que a medida que pasa el tiempo son mayores las posibilidades de morir, por ello las empresas de seguro cobran lo que se llama prima nivelada que supone un pa

go mayor al comienzo la cual luego disminuye y requiere después de abonos al final. Cuando hay mora del asegurado en el pago de sus primas la ley concede un plazo de gracia de 30 días, transcurrido ese plazo los efectos del contrato cesan, pero cuando el asegurado ha pagado el número de primas necesarias para garantizar, o sea tener un valor garantizado, - los aseguradores se comprometen a hacerle un préstamo para que se vayan cubriendo esas primas hasta que éste pueda pagar.

El seguro de accidentes garantiza al asegurado contra el riesgo de perder accidentalmente la vida o miembros y órganos que lo incapaciten total o parcialmente para el trabajo, se complementa con cláusulas adicionales como son las de incapacidad parcial o total causada por el accidente y los gastos efectivos por atención médica y hospitalaria combinándose así el seguro de provecho esperado y de lucro cesante (1).

En cuanto al seguro de Grupo la Ley del Contrato de Seguro dice textualmente que "en el seguro de grupo o empresa el asegurador se obliga por la muerte o la duración de la vida de una persona determinada en razón simplemente de pertenecer al mismo grupo o empresa mediante el pago de primas periódicas sin necesidad de examen médico obligatorio". La ley pide un mínimo de 25 personas para que opere este seguro.

 (1) Artículos 188 y 189 de la Ley del Contrato de Seguro.

El contrato se establece entre la compañía aseguradora y la persona física o moral que ha de celebrarlo, con el consentimiento de los miembros del grupo asegurable.

La empresa aseguradora forma un registro de asegurados que es parte integrante del contrato y que debe contener el nombre, ocupación y fecha de nacimiento de cada uno de los miembros, la suma asegurada que les corresponda, la fecha en que están en vigor los seguros y la fecha de cancelación, el nombre del beneficiario y el número de certificados correspondientes.

Los beneficiarios y cesionarios tienen acción directa para cobrar el beneficio del seguro a la suma asegurada.

La póliza entre en vigor desde que la institución aseguradora comunica su aceptación por escrito al contratante, los miembros que ingresen al grupo asegurable después de la celebración del contrato quedan comprendidos en el seguro desde el momento que reúnan las condiciones necesarias para formar parte del grupo y hayan dado su consentimiento siempre que estén en servicio activo inscribiéndolos la institución aseguradora en el seguro de grupo en forma inmediata. Junto con la póliza la empresa aseguradora debe proporcionar un certificado de seguro a cada uno de los miembros del grupo.

Apliquemos ahora estas figuras al problema que nos ocupa. . . .

CAPITULO 5

RIESGOS INFORMATICOS Y SU POSIBLE COBERTURA.-

5.1. CONCEPTO DE RIESGO INFORMATICO.-

La acepción "riesgo informático" es un concepto nuevo en la terminología del contrato de seguro, sin existir asimismo una definición específica.

El riesgo se refiere a la incertidumbre, a la probabilidad de que ocurra o se realice una eventualidad, la cual puede estar prevista.

En este sentido, podemos decir que los riesgos informáticos se refieren a la incertidumbre que existe por la posible realización de un suceso relacionado con la amenaza de daño - respecto al equipo informático, sus instalaciones, equipos periféricos, los suscitados en torno a los proyectos, los programas de cómputo, los archivos, la información, los datos - confidenciales y respecto a la responsabilidad civil que estos ocasionan frente a terceros por la prestación de un servicio informático.

Los riesgos informáticos no constituyen una figura jurídica especial aunque se pueden aplicar en su tratamiento ordenamientos tales como la Ley del Contrato de Seguro y la Ley General de Instituciones de Seguro, sin embargo, lo que motiva y justifica el señalar los riesgos informáticos como un fenómeno jurídico especial es la complejidad de los problemas que presentan.

Por otra parte es conveniente enunciar que la forma de apreciar un riesgo de esa magnitud es muy diferente al tratamiento que se les dá a los riesgos comunmente conocidos en el mercado del seguro.

De esta forma el concepto de riesgo informático es una noción "in extenso", que se desarrollará al parejo de la tecnología siendo objeto de estudio del llamado Derecho Informático y más específicamente bajo la óptica de los Contratos Informáticos, con sus evidentes implicaciones informáticas, contractuales y en materia de seguro.

5.1.1. TIPOS DE RIESGOS INFORMATICOS.-

Para llegar a una clasificación de los tipos de riesgos existentes tomaremos como punto de partida una distinción que de estos hace el autor francés André Bertrand.

5.1.1.1. RIESGOS EN LOS PROYECTOS INFORMATICOS.-

Un exámen estadístico de las dificultades encontradas - después de la realización de proyectos informáticos revela con frecuencia perjuicios o problemas para las empresas las cuales deben adoptar normas técnicas de previsión y seguridad, y por otro lado, asegurar ese riesgo como podría ser la responsabilidad ante el cliente por la no realización de dichos proyectos.

Uno de los problemas que pueden llegar a suceder es el desarrollo demasiado largo y laborioso de un proyecto que impli que un excesivo gasto de horas-hombre (visto en función de tiempo y dinero), que a final de cuentas no se realice por no convenir a la empresa, al extralimitarse en el presupuesto por no

resultar costeable o que el material utilizado no satisfaga los requerimientos.

Otras dificultades o impedimentos podrían ser la incapacidad técnica del prestador de servicios para realizar la misión que le ha sido encomendada, o bien cuando el jefe del proyecto desaparezca, sea por renuncia o muerte y se cancele éste por falta de dirección o que la compañía prestadora del servicio cese en sus actividades.

Por último, cabe mencionar que uno de los problemas más comunes y que constituye un riesgo latente en materia de seguros es el robo de los programas de cómputo, tanto físico como el que un tercero entre al sistema y pueda piratear dichos programas.

5.1.1.2. RIESGOS DE INSTALACION DEL EQUIPO.-

Entre estos tenemos los riesgos por daños materiales que afectan al centro de cómputo, como pueden ser: la destrucción de los centros informáticos por inundación, incendio, sabotaje, rayo, granizo, explosiones, etc. que traen consigo enormes pérdidas económicas para la Empresa.

Existen también los riesgos por mal funcionamiento o no funcionamiento del equipo informático y sistemas periféricos, así como los daños a sus sistemas directrices cuya reparación es muy costosa.

5.1.1.3. RIESGOS CONTRA LOS DATOS.-

Son los riesgos provocados por la destrucción volunta-

ría o involuntaria de los soportes que contienen la información como pueden ser las cintas, discos, etc., lo cual provoca que los datos desaparezcan o se distorsionen; aquí también tenemos la divulgación intencional o imprudencial de datos confidenciales así como otro tipo de manifestaciones caracterizadas por su alto grado de repercusión económica (1).

5.1.2. METODOS PARA EVALUAR LOS RIESGOS INFORMATICOS.-

El seguro en materia informática se debe apoyar en datos estadísticos, los cuales son escasos en países en desarrollo como el nuestro donde los sistemas de cómputo se han venido implementando hasta hace apenas unos años.

Lo anterior es importante dado que al no conocerse los riesgos informáticos con exactitud, es difícil que una compañía aseguradora los acepte y pueda valorar su magnitud para fijar primas, límites y deducibles. El método que se sigue para llegar a una evaluación lo más certera posible es tomar en cuenta los casos en que haya sucedido determinado siniestro, y el número de casos posibles de que esto llegue a suceder; se evalúa entonces el límite de frecuencia relativa por medio de estadísticas, hacia la probabilización de algunos acontecimientos. Si se encuentran las causas es más factible determinar que tan probable es que sucedan los siniestros y a su vez impedirlos o disminuir sus efectos (2).

5.2. NECESIDAD DE ASEGURAR LOS RIESGOS EN INFORMATICA.-

Prever un riesgo es controlar el perjuicio financiero -

- - - - -

(1) Bensoussan A. y Salvator M., op. cit.

(2) De Lamberterie I., op. cit.

que viene aparejado a su realización, de aquí que toda empresa deba controlar sus riesgos de acuerdo a su capacidad financiera, haciendo frente a las variaciones de dichos -- riesgos y cuidando que no exceda su presupuesto o activo - si el siniestro llegara a suceder (1).

Si se estudian los riesgos que pueden convertirse en siniestros o desastres informáticos dentro de una compañía, se puede cuantificar su rentabilidad para solventar los migmos o bien acudir a una cobertura de seguro que proteja esa incertidumbre.

Es posible, en buena medida, que una empresa informática aplique tratamientos preventivos para suprimir o disminuir los riesgos como ejemplo la protección del centro de - cómputo contra factores externos, control de cargas caloríficas en el local o cualquier agente transmisor de cortos - circuitos o sobrecalentamientos, emplazamiento de extinto--res y muros contra fuego, supresión de aparatos o vías que canalizen agua hacia el interior del local, estrechamiento de seguridad contra sabotaje, empleo de técnicos expertos - para el buen funcionamiento de los equipos, aseguramiento - de los soportes que contienen o reproducen la información y control en archivos separados, instalación de protecciones técnicas para los programas, supervisión adecuada de equipos y programas, etc.

Como podemos percibir, la necesidad de que las empresas de computación o las compañías que emplean bienes o servicios informáticos recurran a los contratos de seguro para que es

(1) De Champrís H., op. cit.

tos cubran o respalden toda la gama de riesgos informáticos existentes se convierte en imperioso menester.

En materia informático-contractual se denomina agente de transformación a la compañía aseguradora (1). Entre estos agentes de transformación más conocidos están los aseguradores, los especuladores sobre los mercados a término, los agentes de seguros, los banqueros, etc..

Las consecuencias financieras de un siniestro informático se aprecian según se trate de un daño al equipo, pérdida de control de confiabilidad en los tratamientos, o perjuicios causados a terceros (2).

El perjuicio financiero se analiza según se trate de un perjuicio directo (costo del material destruido), un perjuicio consecutivo (el monto del margen beneficiario no realizado) o un perjuicio indirecto (la pérdida de mercado o de cliente). Generalmente se aseguran los perjuicios directos y -- consecutivos; los riesgos informáticos ocasionan en su mayoría perjuicios indirectos; en base a esto, el ramo del seguro especializado en riesgos informáticos necesita de una verídica apreciación del riesgo para que el asegurador lo cubra correctamente.

Como podemos notar existe una fuerte necesidad de que se cubran adecuadamente los riesgos informáticos, por lo que

(1) Un tratamiento de transformación es aquel en el que los riesgos permiten la transferencia de la viabilidad en costo, por la intervención de una tercera parte llamada agente de transformación.

(2) Sambridge E., op. cit.

en el presente trabajo sugerimos una forma completa de hacerlo.

5.3. MEDIDAS PREVENTIVAS EN CUANTO AL CENTRO DE COMPUTO.-

El asegurador tiene la obligación por sus mismos intereses de evaluar y hacer inspecciones en cuanto al riesgo informático para así decidir si lo cubre o no lo cubre; si la decisión es afirmativa, la compañía aseguradora puede exigir se cumpla estrictamente con determinadas medidas de seguridad y previsión.

Consideramos que en cuanto al equipo, algunas de estas medidas podrían ser que los locales informáticos se construyan a prueba de fuego (especialmente con muros contra fuego) equipados con extintores automáticos y con techos de material resistente tanto al calor como a grandes pesos; se deben reducir al mínimo el número de ventanas y protegerlas con muros contra fuego; por otro lado, se debe equipar el edificio o local donde se encuentre el centro de cómputo con pararrayos (1).

Otro requisito importante que pide el asegurador es que se construyan los techos en forma acanalada para atravesar los cables de la corriente, asimismo se deben evitar los materiales plásticos dentro del local y emplear detectores de fuego en los locales así como suficientes salidas de emergencia y personal ampliamente capacitado para afrontar apropiadamente este tipo de situaciones.

Para reducir los riesgos de mal funcionamiento del equi

(1) Bertrand A., op. cit.

po informático se debe mantener la temperatura del local uniforme y con un constante sistema de ventilación y aire acondicionado que pase por los cables de las máquinas al igual - que ductos de aspiración adecuados. La empresa debe controlar la fuente eléctrica de la planta, a fin de proteger el ambiente electromagnético e interrumpir la alimentación eléctrica cuando sea necesario (1).

Debe haber una estrecha vigilancia en los locales informáticos previendo rondas de vigilantes así como una adecuada instalación de alarmas y medios de supervisión.

Por otro lado, se deben proteger los locales informáticos contra fugas de agua importantes para disminuir los -- riesgos de inundación, por ello es conveniente pasar los conductos y tuberías que llevan el agua por debajo del suelo y tomar toda clase de medidas de seguridad contra este riesgo que puede llegar a inutilizar el centro de cómputo.

Se debe contar asimismo con extintores de alto poder y detectores de agua ya sean lineales (bandas lineales que se deslizan a los lugares de más probable aparición de agua como podrían ser las tuberías y los de niveles que vigilan si hay agua en un punto bajo llamados hidrómetros)(2).

Los lccales informáticos deben ser áreas restringidas con operativos de seguridad y custodios que limiten el acceso al local a fin de evitar cualquier tipo de daño o siniestro por parte de un tercero. Cuando la empresa informática es -

(1) Clarizia Renato., op. cit.

(2) Guardia CH., op. cit.

muy grande se pide que haya vigilancia automática por medio de video o televigilancia para detectar intrusiones, sabotaje o cambios de frecuencia para lo que se usan señales de luz infraroja; debe haber también cerraduras con bandas de ondas.

Los aseguradores deben llevar a cabo exámenes previos del equipo y todos sus componentes certificando su buen funcionamiento y calidad (1).

Ahora bien, cabe destacar que lo anteriormente expuesto es deseable, pero desgraciadamente por la alta competencia existente, las compañías de seguros "toman" los riesgos sin llevar a cabo un detallado análisis sin exigir adecuadamente las medidas de seguridad necesarias lo que trae como consecuencia una alta tasa de siniestros en el área informática.

5.4. MEDIDAS PREVENTIVAS EN CUANTO A LOS ARCHIVOS Y DATOS INFORMATICOS.-

Una vez que los programas han pasado las pruebas de validación se archivan en la computadora, durante el proceso de extraer los datos para crear el programa o cuando este se evalúa y luego archiva pueden ser objeto de daños de diversa índole como por ejemplo el que se modifiquen o alteren los programas lo cual trae consigo graves problemas y perjuicios, es por ello que la compañía aseguradora para cubrir este tipo de riesgos informáticos debe exigir la adopción de estrictas medidas de seguridad al respecto.

Consideramos que las medidas de seguridad más importan

- - - - -

(1) Grecne, Mark R., Riesgo y Seguro, Edición Controlada por la Revista Mexicana de Seguros.

tes aquí son el tener un control periódico del número de impulsiones de cada programa llevando a cabo una comparación constante de códigos. Cuando hay sistemas de programas repartidos prever el número de ellos a partir del sitio central - para evitar la subderivación de programas, evitando que un mismo programador haga la entrada y salida de otro programa. Por otra parte, no se debe permitir que las terminales periféricas estén reconfiguradas como consola central debiendo trabajar dos operadores juntos cuando hay cambio de valor de parámetros en la memoria.

El desvío de datos confidenciales tiene implicaciones muy severas en el ámbito del seguro, por lo que la compañía aseguradora debe exigir que haya un estricto control de instrucciones que permitan analizar los archivos de los clientes, es decir que tenga lugar dentro de eficaces medidas de seguridad bajo el control del sistema de operación. Se deben criptar o cifrar asimismo los elementos claves de cada programa para que no tengan acceso al mismo más que los técnicos capacitados y encargados de ello.

Se pide también que se ponga cuidado en borrar del sistema todas las "memorias" luego que se transmitió el programa al usuario. Se debe prever la protección de los parámetros conservados en la memoria luego de fallas en el sistema, a fin de que no se vaya a hacer mal uso de esos datos; esta misma previsión debe tomarse en cuenta cuando se pasa un programa a otro sistema y que dan parámetros en la memoria del sistema

anterior (1).

Se debe instalar un dispositivo de alarma muy especial, para cuando haya tentativas de conexión al sistema por parte de terceros. Se debe tener mucho cuidado en los sistemas de tiempo compartido de máquinas, en cuanto al archivo de información por medio de claves y códigos para que no se presente el pirateaje de datos, por otro lado, se debe vigilar que un programa no invada el desarrollo de otro.

En cuanto a los archivos informáticos, es importante proteger el acceso a los listados que versen sobre la configuración y procedimiento de los mismos, vigilar que los sistemas de control de acceso a los archivos sean eficaces a fin de reducir los riesgos de intrusión, sabotaje, utilización indebida de los datos y programas contenidos en diskets o bandas así como el robo físico o de la información que contienen. Debe haber consignas de seguridad muy estrecha para las salas de archivo y registros. Por otra parte, cuando haya daños por agua en los archivos, paralelo al aviso a la compañía de seguros del siniestro se debe realizar una copia de los documentos registrados en los archivos a fin de prever una oxidación de los medios magnéticos mojados.

En los Estados Unidos las compañías de seguros exigen al asegurado un estricto control del centro de cómputo en cuan

- (1) A este respecto el autor M. Greene, dice que "el procedimiento que se llevará a cabo es archivar estos parámetros en bandas o discos y borrar automáticamente los residuos de información que haya en la memoria".
Greene, Mark R., Riesgo y Seguro; Edición controlada por la Revista Mexicana de Seguros.

to a errores, degradación de la información, pérdida de confi
dencialidad y fraude. Para prevenir los errores se pide un -
control de captura por duplicidad tomando en cuenta su fecha
de captura. Existe un manual de procedimiento y tratamiento
de errores para prevenir los fraudes en los programas, exi-
giendo un tratamiento de control sistemático estrechamente -
vigilado así como la instauración de un procedimiento de ac-
ceso por código y clave y número de secuencia del mensaje; -
los códigos de habilitación deben guardarse en un lugar segu-
ro (1).

También se debe llevar un procedimiento de criptaje -
antes de la transmisión. Para lo cual se requiere de opera-
dores y técnicos altamente capacitados.

El asegurador debe conocer toda la documentación, ca-
tálogos, manuales, contratos y garantías que dé el proveedor
al asegurado.

En algunos países como en Francia existe un controla-
dor, quien se encarga entre otras cosas, de evaluar los pro-
yectos y verificar los programas, estructura e instalación -
de archivos y acceso a la información, labor sumamente impor-
tante antes de que la aseguradora tome un riesgo. El objeti-
vo de esta persona es atenuar los riesgos hasta los límites
de lo accidental o de lo imprevisible y que cuando ocurra un
siniestro sea él quien inspeccione y ajuste, y en caso de sal-
vamentos se encargue de ellos a nombre y cuenta de la asegu-
- - - - -

(1) Brook, D., op. cit.

radora (1).

5.5. COBERTURAS DE SEGURO APLICABLES EN MEXICO.-

No existe propiamente en nuestro país un contrato de seguro específico que proteja en estos casos, de ahí que se adoptan pólizas que estén en el mercado para que cubran los riesgos informáticos.

Uno de los objetivos de este trabajo es sugerir la creación de una póliza específica que cubra todos los riesgos a que puede estar expuesta una entidad usuaria de informática pues como ya hemos visto existen gran cantidad de riesgos sin una debida cobertura.

La informática es una materia de reciente innovación en México, las industrias de cómputo se han desarrollado con rapidez convirtiéndose en necesaria una adecuada cobertura especializada en materia de seguros referida a este particular basada - en un principio de análisis y estadísticas que demuestren el - alto grado de incidencia de siniestros en materia informática.

Los seguros que consideramos tienen aplicación a este respecto son los siguientes:

1) La póliza de Seguro Múltiple para Empresas que engloba las siguientes coberturas:

- a) Seguro contra Incendio
- b) Seguro de Responsabilidad Civil General
- c) Seguro contra Robos
- d) Protección Gas Neó.
- e) Seguro de Cristales

(1) Bertrand A., op. cit.

2) La póliza de Seguro de Equipo Electrónico

3) La póliza de Transportes

A continuación procederemos a analizar a detalle cada una de estas figuras.

5.5.1. POLIZA DE SEGURO MULTIPLE PARA EMPRESAS. -

Esta póliza incluye varias coberturas para empresas según su giro; es una de las más recientes innovaciones en materia de seguros que se han vendido mucho en el mercado a tarifas accesibles. Cubre varios de los riesgos de tipo informático como son el riesgo de incendio que según estadísticas -- tiene una siniestralidad media alta en el tipo de industrias que nos interesan; cubre también la responsabilidad civil de la empresa frente a terceros; que son en su mayoría clientes de las empresas informáticas. Dentro de esta cobertura se -- adecuan un sinnúmero de riesgos que serían altamente costosos para la empresa en caso de carecer un contrato de seguro. Otro riesgo a cubrir es el de robo, tema muy controvertido que se tratará a fondo para intentar buscar una cobertura de seguro que convenga tanto a aseguradores como a asegurador, comprende otros endosos como son protección de anuncios luminosos y de cristales los cuales están continuamente expuestos a riesgos pues muchos locales informáticos están instalados entre -- muros de cristal.

A continuación desglosaremos las cláusulas que a nuestro juicio se aplican con mayor frecuencia para cubrir este tipo de riesgos y las cuales sirven de fundamento para todas

las coberturas de seguro incluidas en esta póliza (1).

- Esta póliza de Seguro Múltiple para Empresas sólo surtirá sus efectos por pérdidas y/o daños ocurridos y gastos realizados dentro de los límites territoriales de los Estados Unidos Mexicanos.

- La prima a cargo del asegurado vence en el momento de la iniciación de vigencia del contrato, y salvo pacto en contrario, se entenderá que el período de seguro es de un año.

-La suma asegurada es fijada por el asegurado y no constituye prueba ni de la existencia ni del valor de los bienes asegurados, únicamente representa la base para limitar la responsabilidad máxima de la compañía.

- Toda indemnización que pague la compañía reducirá en igual cantidad la suma asegurada en cualesquiera de las secciones de esta póliza que se vean afectadas por siniestro pudiendo ser reinstalada previa aceptación de la compañía y a solicitud del asegurado quien pagará la suma que corresponda.

- Si el asegurado contrata otros seguros que amparan el mismo riesgo y los mismos bienes tiene la obligación de comunicarlos a la compañía aseguradora indicando el nombre de asegurado y las sumas aseguradas.

- El asegurado debe comunicar a la compañía de seguros las agravaciones que sufra el riesgo dentro de las 24 horas siguientes al momento en que las conozca.

- - - - -

(1) Cláusulas de la Póliza de Seguro Múltiple para Empresas, aprobada por la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros.

- Cuando el asegurado tenga conocimiento de que se produjo un siniestro tiene la obligación de ejecutar todos los actos que tiendan a evitar o disminuir el daño y si no hay peligro en la demora debe pedir instrucciones a la aseguradora y proceder como ella indique.

- La compañía aseguradora en caso de siniestro que afecte bienes podrá optar por substituirlos o repararlos a satisfacción del asegurado o pagar en efectivo el valor real de los mismos en la fecha del siniestro sin exceder de la suma asegurada en vigor.

- En caso de siniestros la aseguradora tendrá el derecho de exigir al asegurado toda clase de informaciones sobre los hechos relacionados con el siniestro y por lo cual pueden determinarse las circunstancias de su realización y las consecuencias del mismo.

- Al existir desacuerdo entre la compañía aseguradora y el asegurado acerca del monto de cualquier pérdida o daño, el asunto será sometido a dictámen de un perito nombrado de común acuerdo por ambas partes.

- Las obligaciones de la compañía de seguros quedarán extinguidas si el asegurado, el beneficiario o sus representantes, con el fin de hacerla incurrir en error, disimulan o declaran inexactamente hechos o si con dolo no muestran la documentación que se les solicita, así como en los casos que hubiere en el siniestro o en la declaración dolo o mala fé del asegurado o si el siniestro se debe a culpa grave del mismo.

- La aseguradora se subrogará hasta por la cantidad pagada en los derechos del asegurado así como en sus correspondientes acciones contra las autoridades o responsables del siniestro.

- En caso de controversia, el quejoso deberá acudir a la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros y si dicho organismo no es designado árbitro podrá recurrir a los tribunales competentes del domicilio de la aseguradora.

- Las partes pueden convenir en que se pueda dar por terminado anticipadamente el contrato mediante notificación por escrito.

- Las acciones que se derivan del contrato de seguro prescriben en 2 años contados desde la fecha en que sea exigible la obligación.

5.5.1.1. SEGURO CONTRA INCENDIO.-

Esta cobertura es una de las más importantes que debe contratar la empresa, pues un centro de cómputo está constantemente expuesto a cortos circuitos, cambios bruscos de voltaje, explosiones y casos fortuitos como lo es un rayo que dañe o destruya el sistema así como otras eventualidades.

A continuación desglosaremos las cláusulas que a nuestra consideración se pueden aplicar al seguro de protección en materia informática en cuanto a daños provocados por incendio.

- Los riesgos que cubre esta póliza son los daños por in--

endio o por rayo cubriendo mediante convenio expreso, la com
bustión espontánea (1).

- Los manuscritos, planos, croquis, dibujos, patrones, mo-
delos o moldes quedan cubiertos por riesgos de incendio sólo
mediante convenio expreso.

- Esta póliza no cubre daños por destrucción de los bienes
por actos de autoridad, por hostilidades, actividades u opera-
ciones de guerra declarada, invasiones, revolución, suspensión
de garantías o situaciones de hecho o de derecho, tampoco cu-
bre los daños por incendio cuando provengan de siniestros cau-
sados por dolo, mala fé o culpa grave de las personas, ni tam-
poco los riesgos de incendio en máquinas, aparatos o acceso-
rios que se emplean para producir, transformar, o utilizar co-
rrientes eléctricas, cuando dichos daños sean causados direc-
tamente en tales máquinas aparatos o accesorios por las mismas
corrientes ya sean naturales o artificiales.

- Al ocurrir algún siniestro que pudiera dar lugar a indem-
nización conforme a este seguro, el asegurado tendrá la obli-
gación de comunicarlo a la aseguradora a más tardar dentro de
las 24 horas siguientes a partir de que tenga conocimiento del
hecho.

- En todo caso de siniestro que destruya o perjudique los
bienes y mientras no se haya fijado definitivamente el impor-

(1) Póliza de Seguro contra Incendio (Cláusulas autorizadas
por la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros).

te de la indemnización correspondiente la compañía aseguradora, podrá penetrar en los edificios o locales en que ocurrió el siniestro para determinar su causa y extensión, también podrá hacer, examinar, clasificar y valorizar los bienes donde quiera que se encuentren.

- En caso de desacuerdo entre el asegurado y la compañía de seguros acerca del monto de cualquier pérdida o daño, la cuestión será sometida a dictamen de un perito.

- Creemos importante aplicar los endosos en el ramo de incendio, para que haya una protección más amplia de los riesgos inferráticos. Se cubren los riesgos de explosión, granizo, ciclón, huracán o vientos tempestuosos, aviones u objetos que caigan, vehículos, humo, descargas accidentales o filtraciones de agua o de vapor provenientes del sistema de agua, de tanques de almacenamiento de agua o de aparatos de calefacción o refrigeración o congelación de agua en las tuberías, caída de árboles, etc. La aseguradora debe aplicar un porcentaje de deducible por cada reclamación de los daños causados por estos riesgos.

- Existe otro endoso a la póliza de Incendio consistente en cubrir los daños materiales al equipo causados por terremoto o erupción volcánica. Cuando suceda un siniestro de este tipo la aseguradora efectuará las reparaciones necesarias para reponer los bienes al mismo estado en que se encontraban al momento del siniestro, el asegurado debe soportar un deducible de un mínimo del 25% de la pérdida o daño sobre la sumas asegurada.

Sóloamente en este seguro de incendio existen condiciones especiales amparando ganancias brutas no realizadas a causa de incendio o rayo de plantas industriales; esta cobertura consiste en que la compañía aseguradora indemnizará al asegurado por la pérdida real sufrida, resultante de la paralización o entorpecimiento de las operaciones de su empresa a consecuencia de los daños por incendio o rayo, el asegurador será responsable durante el tiempo que sea necesario a partir de la fecha del daño o destrucción, el asegurado, por su parte, debe reconstruir, reparar o reemplazar los daños lo más rápido posible hasta reanudar las operaciones normales de la empresa.

La compañía de seguros debe hacer un minucioso análisis de la contabilidad de la empresa calculando las ganancias que va a dejar de percibir. Se fija un límite asegurado como monto máximo por concepto de indemnización. Esta cobertura ampara también los gastos en que sea necesario incurrir con el propósito de reducir la pérdida.

Debe mencionar que la única exclusión que existe en esta cobertura es la de que la aseguradora no será responsable por daños o destrucción de artículos terminados, es decir, por el tiempo necesario para reproducir tales productos terminados.

3...5.1.2. SEGURO DE RESPONSABILIDAD GENERAL.-

El riesgo que cubre este seguro es la responsabilidad de resarcir el daño patrimonial causados a un sujeto jurídico, indemnizándolo lo. Es un seguro de terceros.

La responsabilidad civil general de una empresa informá

tica se encuadra dentro de la clasificación de riesgos profesionales distintos del trabajo (1).

Este seguro tiene como fin reparar los daños ocasionados por el asegurado.

Es una cobertura imprescindible para cualquier empresa incluyendo las informáticas pues los riesgos que pueden afectar a terceros, especialmente a los clientes, son muchos, variados y costosos. Por citar algunos riesgos protegidos por este seguro en cuanto a una empresa informática tenemos al daño o perjuicio que pueda ocasionar un programa elaborado por la empresa, la pérdida de datos confidenciales que el cliente haya transmitido a la empresa para que se le hiciera un programa, el mal uso que se haga de los datos confidenciales del cliente en los locales de la empresa o bien su extracción o pillaje, destrucción de los soportes o bandas que contengan la información y los programas, cuando los programas producidos por la empresa no cumplan con la calidad requerida, alteración o malversación de datos por parte de operadores de la empresa, etc.

Las condiciones generales de la póliza de seguro de responsabilidad civil general que más interesan para una empresa informática son: (2).

- Aquella que habla sobre la materia del seguro diciendo - que la compañía se obliga a pagar los daños así como los per-

- - - - -

(1) Ver Supra 4.10.2. (d).

(2) Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil General, Cláusulas aceptadas por la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros.

juicios y daño moral consecuencial que el asegurado cause a terceros y por los que éste deba responder conforme a la legislación aplicable en materia de responsabilidad civil vigente por hechos u omisiones no dolosos ocurridos durante la vigencia de la póliza y que causen la muerte o el menoscabo de la salud de los terceros o el deterioro o la destrucción de bienes propiedad de los mismos.

- Otra sobre la obligación de la compañía que comprende el pago de los daños, perjuicios y daño moral consecuencial y el pago de los gastos de defensa del asegurado. El límite máximo de responsabilidad para la aseguradora por uno o todos los siniestros que puedan ocurrir durante un año de seguro es la suma asegurada indicada en la póliza.

- El seguro cubre, mediante convenio expreso, las siguientes responsabilidades: responsabilidades ajenas en las que el asegurado, por convenio o contrato, se comprometa a la sustitución del obligado original para reparar o indemnizar eventuales y futuros daños a terceros en sus personas o propiedades; responsabilidades por siniestros ocurridos en el extranjero conforme a la legislación extranjera aplicable; responsabilidades por daños ocasionados a terceros por los productos fabricados, entregados o suministrados por el asegurado o bien por los trabajos ejecutados y responsabilidades como consecuencia de extravío de bienes.

- El contrato no ampara responsabilidades derivadas de daños ocasionados dolosamente, ni responsabilidades de daños ocasionados por guerra u otros actos bélicos ni tampoco res-

ponsabilidades imputables al asegurado de acuerdo con la Ley Federal del Trabajo, la Ley del Seguro Social u otra disposición complementaria de esas leyes.

- La prima a cargo del asegurado vence en el momento de la celebración del contrato y, salvo convenio en contrario, se entiende que el período es de un año quedando siempre a cargo del asegurado una cantidad llamada deducible la cual se fijará según el monto de seguro.

- El asegurado se obliga a comunicar a la compañía de seguros tan pronto tenga conocimiento, las reclamaciones o demandas recibidas por él o por sus representantes, debiendo remitir los documentos base de la reclamación, por otra parte, el asegurado debe cooperar con el asegurador en todo procedimiento que se inicie en su contra con motivo de la responsabilidad cubierta por el seguro. El derecho de indemnización se atribuye directamente al tercero dañado quien es el beneficiario desde el momento del siniestro.

- La compañía de seguros se subrogará hasta por el importe de la cantidad pagada en todos los derechos contra terceros que, por causa del daño indemnizado, correspondan al asegurado.

- No cubrirá los riesgos la compañía aseguradora si el siniestro lo causó dolosamente el asegurado o si la reclamación es fraudulenta o se apoya en declaraciones o documentos falsos con el propósito de obtener un lucro indebido.

- Como se indicó con anterioridad, sólo bajo convenio ex-

presc el seguro responderá por la responsabilidad civil por productos y trabajos terminados, a este respecto creemos que es la cobertura más importante respecto a las empresas informáticas, pues en estas cláusulas se engloban la mayoría de los daños a terceros.

5.5.1.3. SEGURO CONTRA ROBOS.-

El seguro de robo de vende con dos coberturas: El robo de mercancías con violencia y/o asalto, y el robo de dinero y/o valores (1).

El primero cubre las mercancías, productos terminados o en proceso, mobiliario, útiles, accesorios y demás equipo propio y necesario al negocio del asegurado mientras se encuentren dentro del edificio, dicha ubicación debe mencionarse en la carátula de la póliza; asimismo contra pérdidas o daños causados a los bienes por consecuencia de robo perpetrado por personas que haciendo uso de la violencia del exterior al interior del local donde se encuentran los bienes asegurados dejen señales visibles de violencia en el lugar por donde penetraron, así como a los bienes inmuebles; cubre también el intento de tal robo, siempre y cuando deje señales visibles de violencia en el lugar por donde penetró, así como el robo por asalto dentro del inmueble mediante el uso de la fuerza o de violencia.

La compañía no será responsable por pérdidas o daño alguno por robo en el que intervengan personas por las cuales

(1) Es aconsejable que una compañía de Informática contrate ambas coberturas.

el asegurado es civilmente responsable. Tampoco cuando el asegurado no mantiene una contabilidad en su negocio en forma de poder determinar con exactitud el monto de la pérdida o daño y robo de cheques, letras, pagarés y demás documentos, contenidos de cajas fuertes, bóvedas o cajas registradoras; tampoco cubre las pérdidas causadas por robo que cometan los huelguistas o motines obreros, alborotos populares, vandalismos, etc.

La compañía de seguros pagará íntegramente el importe de los daños sufridos hasta el monto de la suma asegurada siempre y cuando el asegurado mantenga la cantidad mínima asegurada la cual, en caso de siniestro, el asegurado se obliga a volverla a reinstalar cuando haya sido indemnizado pagando la prima adicional que corresponda. Si cuando ocurra el siniestro los bienes tienen en conjunto un valor total superior a la cantidad asegurada, el seguro responderá solamente de manera proporcional al daño causado.

Respecto a la póliza de seguro contra robo de dinero y/o valores es importante mencionar que se cubre dinero en efectivo en metálico o billetes de banco, valores u otros documentos negociables como letras de cambio, pagarés, cheques, acciones, bonos hipotecarios, etc. quedando cubiertos hasta por la cantidad de la suma asegurada dentro del local en cajas fuertes o de seguridad, cajas registradoras o colectoras o en poder de cajeros, pagadores, cobradores o de cualquier otro empleado dentro del propio local o en tránsito contra los siguientes riesgos: robo o intento de robo perpetrado con violencia, robo por asalto o intento de asalto en el local asegurado o sobre las personas en

cargadas del manejo de los bienes asegurados mediante el uso de fuerza o violencia moral o física, pérdidas de los bienes en las cajas fuertes causado por explosión, pérdidas o robo de los bienes por enfermedad repentina o causada por un accidente que le produzca pérdida del conocimiento, lesiones corporales o la muerte a las personas encargadas del manejo del dinero o valores, también cubre la pérdida o robo de los bienes cuando el automóvil en el que viajaba el encargado de los bienes sufre un accidente como colisión, volcadura, explosión, etc.

Este seguro no cubre las pérdidas o daños causados a los bienes asegurados por robo sin violencia, extravío y desaparición misteriosa, huelguistas, bienes que no se encuentren físicamente en poder de la persona o personas encargadas de su custodia, tampoco cubrirá cuando el asegurado no tiene una contabilidad para poder determinar con exactitud el monto de las pérdidas o por acto fraudulento o abuso de confianza cometido por el asegurado, cajeros, pagadores, cobradores o cualquier otro de sus empleados. La compañía de seguros no se hace responsable en lo que respecta a valores por una suma superior al valor real en efectivo que estos valores tengan al concluir las operaciones de negocios el día anterior en que la pérdida se haya descubierto; cuando son títulos nominativos, la pérdida a cargo de la aseguradora se limita al costo de los gastos judiciales y de reimpresión para lograr la anulación de los títulos extraviados y su reposición por nuevos.

La aseguradora indemnizará la totalidad de las pérdidas o daños a los bienes asegurados hasta por los límites de res-

ponsabilidad establecidos en la póliza sin exceder del interés económico que tenga el asegurado en los bienes al suceder el siniestro ni del valor real del mercado.

Debe quedar claro que en caso de litigio el asegurado debe proporcionar todos los datos y pruebas necesarias para la defensa de todo procedimiento civil y penal.

5.5.1.4. PROTECCION GAS NEON.-

Esta cobertura ampara los anuncios luminosos contra todo riesgo por cualquier pérdida o daño causados mientras se encuentren instalados y fijos en el domicilio que se señala en la póliza.

Este seguro no cubre uso, desgaste o depreciación normal o causado por vicio propio, cortos circuitos, o desarreglos eléctricos mientras no causen un incendio, trabajos de los operarios ocupados en la construcción, demolición, modificación o reparación de edificio en el que este colocado el rótulo.

Consideramos que esta cobertura podría ser útil para los anuncios luminosos de una empresa informática sea prestadora de bienes o servicios.

5.5.1.5. SEGURO DE CRISTALES.-

Cubre la rotura de cristales del edificio de carácter accidental y no cubre, salvo convenio expreso, los daños y pérdidas materiales causados por remoción de los cristales mientras no queden debidamente colocados, el decorado del cristal por reparaciones, alteraciones, mejoras al edificio y de los cristales asegurados.

En caso de siniestro la indemnización comprenderá el costo de los cristales y gastos de instalación.

Esta póliza ha resultado ser útil para las empresas y reviste importancia para un centro de cómputo cuando se encuentra rodeado de una coraza de cristal que puede sufrir este tipo de riesgos.

5.5.2. POLIZA DE SEGURO PARA EQUIPOS ELECTRONICOS.-

Otra cobertura que consideramos es importante mencionar respecto a los seguros existentes en nuestro país es la póliza de Seguro de Equipo Electrónico que se vende a industrias de este ramo y cubre riesgos análogos a los de una Industria Informática.

Los riesgos que se pueden cubrir con esta póliza en un centro de cómputo serían el mal funcionamiento o no funcionamiento del sistema, las fallas electromagnéticas, cambios de voltaje y daños a los sistemas directrices los cuales implican un alto costo de reparación.

La citada póliza señala que una vez que la instalación y la puesta en marcha de los bienes asegurados haya finalizado satisfactoriamente este seguro se aplica, ya sea que los bienes estén operando o se encuentren en reposo, hayan sido desmontados con el propósito de ser limpiados o reparados o mientras sean trasladados dentro de los predios o locales.

No se indemnizará al asegurado en casos de guerra, invasión, guerra civil, actividades del enemigo extranjero, huelga, paro, conmoción civil, poder militar, grupos de personas mali-

ciosas que provoquen daños, tampoco por reacción nuclear, actos intencionales o negligencia manifestada por el asegurado o sus representantes. La responsabilidad de la aseguradora sólo procederá si se cumplen los términos de la póliza en lo relativo a cualquier cosa que deba hacer o cumplir el asegurado y en la veracidad de sus declaraciones. El asegurado debe tomar todas las precauciones razonables y cumplir con las recomendaciones que le haga la aseguradora.

Los aseguradores o sus representantes podrán inspeccionar y examinar el riesgo, por otra parte, el asegurado debe facilitarle todos los detalles o informaciones que requieran. El asegurado debe notificar inmediatamente cualquier agravación del riesgo y si es necesario se ajustarán el alcance de la cobertura y la prima.

Al ocurrir cualquier siniestro que pudiera dar lugar a una reclamación, el asegurado debe notificar a la aseguradora inmediatamente por teléfono y luego confirmar por escrito indicando la naturaleza y la extensión de las pérdidas o daños así como tomar todas las medidas dentro de sus posibilidades, para minimizar la extensión de la pérdida o daño, conservar las partes dañadas y ponerlas a disposición de un representante o experto de los aseguradores para su inspección debiendo suministrar la información y pruebas documentales que se requieran. La aseguradora no será responsable por pérdida o daño de los cuales no haya recibido notificación dentro de los 14 días posteriores a su realización. Asimismo los ajustadores deben inspeccionar la pérdida o daño antes de que se efectúen las reparaciones o alteraciones; la responsabilidad de -

la aseguradora cesará si los bienes dañados continúan operando sin haber sido reparados, en caso de existir diferencias entre asegurado y asegurador se pedirá la intervención de un árbitro. Los beneficios de esta cobertura se perderán si el cuestionario llenado por el asegurado no corresponde a las realidades existentes o si la reclamación fuera fraudulenta o se hicieron declaraciones falsas para apoyar la reclamación. La indemnización será pagadera a un mes después de que los aseguradores hayan determinado la cantidad total a pagar.

Esta póliza cubre específicamente los siguientes daños materiales: a los bienes asegurados o cualquier parte de los mismos por cortocircuito, azogamiento, arco voltáico, perturbaciones por campos magnéticos, aislamiento insuficiente, sobretensiones causadas por rayos, tostación de aislamientos, humo, hollín, gases, líquidos o polvos corrosivos, inundación, acción del agua y humedad, errores de construcción, fallas de montaje, defectos de los materiales, errores de manejo, descuido, impericia así como daños mal intencionados y dolo de terceros.

Existe un deducible o franquicia a cargo del asegurado la cual se fija por el asegurado y se señala en la póliza.

La compañía aseguradora no cubrirá las pérdidas o daños que sean consecuencia directa del funcionamiento continuo, desgaste, cavitación, erosión, corrosión o deterioro gradual debido a condiciones atmosféricas, ni tampoco los gastos erogados con respecto al mantenimiento de los bienes asegurados ni pérdidas o daños cuya responsabilidad recaiga en el fabricante o

el proveedor de los bienes asegurados ya sea legal o contractualmente ni tampoco defectos estéticos.

Es requisito indispensable de este seguro que la suma asegurada sea igual al valor de reposición del bien asegurado por otro bien nuevo de la misma clase y capacidad.

En los casos en que se puedan reparar los daños ocurridos a los bienes asegurados los aseguradores indemnizarán aquellos gastos que sea necesario erogar para dejar la unidad dañada en las condiciones existentes antes de ocurrir el daño tomándose en cuenta el valor de cualquier salvamento que se produzca.

Existe una cláusula que habla de que los aseguradores acuerdan con el asegurado que si un daño material indemnizable diera lugar a una interrupción parcial o total de la operación del sistema electrónico los aseguradores indemnizarán al asegurado por concepto de cualquier gasto adicional que el asegurado compruebe haber desembolsado al usar un sistema electrónico de procesamiento de datos ajeno y suplente.

Es importante mencionar que gran parte de los riesgos que cubre esta póliza son riesgos de tipo informático y de aquí que nos hayamos avocado a su estudio.

5.5.3. POLIZA DE SEGURO DE TRANSPORTES.-

Existe una póliza de seguro de transportes con condiciones generales la cual se vende a empresas que continuamente transportan sus mercancías de un Estado a otro o en actividades de importación y exportación al extranjero.

Respecto a una empresa informática opinamos que contra
tando una póliza de seguro de transportes cubriendo riesgos -
especiales cada que se realice un flete o embarque es suficiente
te. Este seguro se aplicaría para el transporte del equipo al
adquirirse ya sea de un Estado a otro o en la misma ciudad con
el fin de que vaya asegurado.

Se contrata una póliza específica por cada embarque o transpor
te de equipo debiendo señalarse la suma asegurada fijando el -
asegurador la prima a pagar en base a dicho monto.

Debe hacerse una descripción del bien que se va a transportar
determinando el medio de comunicación así como el lugar de ori
gen y el de destino.

Esta póliza cubre los siguientes riesgos encontrados en
las condiciones generales de la póliza (1): daños materiales a
los bienes causados por incendio, rayo y explosión, por caída
de aviones, volcadura, colisión o descarrilamiento del vehículo
o otro medio de transporte empleado incluyendo hundimiento
o rotura de puentes.

Se cubren también los bienes al sobrevenir desviación, cambio
de ruta, transbordo u otra variación del viaje en razón al ejer
cicio de facultades concedidas al armador o porteador conforme
al contrato de transporte así como la omisión voluntaria o error
en la descripción de los bienes, buque, vehículo o bien del via
je.

Si durante el transporte sobrevienen circunstancias anormales
que hicieren necesario que entre los puntos de origen y destino
los bienes quedasen almacenados o estacionados en bodegas,
- - - - -

(1) Son condiciones generales de la póliza de Seguro de Trans
portes, aceptadas por la Comisión Nacional Bancaria y de
Seguro.

muelles, plataformas el seguro continuará en vigor y el asegurado pagará la prima adicional que corresponda.

El asegurado debe definir contra que riesgos de los señalados en la póliza específica se debe cubrir sean robo de -- bulto por entero, robo parcial, mojadura de agua dulce, de mar o de ambas, contacto con otras cargas, manchas, oxidación, rotura, mermas y/o derrames, todo riesgo, ganado, huelgas y albo rotos populares, embarques marítimos, terrestres o aéreos, bodega a bodega para embarques marítimos, bodega a bodega para - embarques terrestres y aéreos.

Se fija tradicionalmente del 1 al 3% como deducible sobre el - valor total de la mercancía transportada o en su caso del monto de lo reclamado.

5.6. PROPOSICION DE UN SEGURO EXCLUSIVO EN MATERIA INFORMATICA.-

El objetivo del presente estudio es el sugerir la creación de una póliza de seguro especial que cubra los riesgos in formáticos en su totalidad. En incisos anteriores se realizó un estudio comparativo de las pólizas de seguro que existen en el mercado las cuales contienen coberturas que son factibles de aplicar para asegurar ciertos riesgos informáticos, algunos asimilables a los proveedores de bienes y servicios y otras pa ra los usuarios.

La idea es que, en base a las pólizas existentes se unifiquen y nazca una nueva, completándola con varias cláusulas y endosos que consideramos se deben añadir para lograr una cobertura a nivel general de dichos riesgos.

La sociedad mexicana se ha venido informatizando a un ritmo muy acelerado en los últimos años, grandes y pequeñas empresas poseen ya sus equipos de cómputo en los cuales invierten sumas considerables, por lo que es fundamental contraten adecuadas coberturas de seguro para proteger tanto los equipos como la información que manejan.

Al ser estos riesgos, conceptos muy nuevos en el campo del seguro es indispensable que se realice un minucioso análisis por parte de técnicos especializados, para estudiar en que forma se pueden cubrir tanto en sus límites como en sus excepciones.

Es muy importante que los proveedores informáticos sean honestos, principalmente en materia de servicios al declarar los riesgos a los que están expuestos, es decir, que comuniquen circunstancias y situaciones en forma verídica, para que permitan que la aseguradora observe esos riesgos y fije una suma -- asegurada real, respecto a archivos, programas, datos, etc.

Proponemos que las compañías aseguradoras contraten a técnicos ajustadores especializados que sean quienes analicen los riesgos informáticos a cubrir exigiendo se cumpla con las estructuras y medidas de seguridad para prevenir los daños, y que sean ellos mismos quienes lleven a cabo los ajustes cuando sobrevenga un siniestro.

Consideramos es conveniente que se lleven a la práctica visitas para tener un control en cuanto a la seguridad y buen funcionamiento de los centros de cómputo.

Por otro lado, pensamos que es importante que el usuario o cliente adquiriera una cobertura de seguro al negociar con el proveedor la adquisición o renta del equipo informático pues como se ha visto, los contratos informáticos y su carácter de adhesión presentan desventajas para el usuario al contratar, es por ello que se aconseja se tome un seguro para cubrir el incumplimiento por parte del proveedor de las cláusulas pactadas así como las garantías no contempladas en el contrato.

En concreto se propone, que después de un detallado análisis y estudios al respecto, salga al mercado de seguros una póliza específica que cubra todos los riesgos informáticos existentes conteniendo un clausulado general con coberturas específicas y algunos endosos (todo ello extraído de las pólizas existentes más cláusulas especiales que es conveniente agregar), a fin de que los proveedores y usuarios en su caso puedan cubrir ampliamente sus riesgos.

Debe ser una póliza que alcance a cubrir una gran variación de riesgos, en primer término, aplicar las cláusulas o condiciones generales de la póliza de seguro múltiple para empresas (1), asimismo, una cobertura para riesgos de incendio y rayo como actualmente existe a lo que se sugiere se inserten en las condiciones generales de la póliza las coberturas de riesgos informáticos en cuanto a granizo, ciclón, huracán, humo, filtraciones de agua, terremotos y erupción volcánica.

- - - - -

(1) Ver Supra 5.5.1.

Sugerimos que se cambie a términos positivos la cláusula 3 de las condiciones generales de la póliza de incendio que reza así:

"Esta póliza no cubre daños en máquinas, aparatos o accesorios que se emplean para producir, transformar o utilizar corrientes eléctricas cuando dichos daños sean causados directamente en - tales máquinas, aparatos o accesorios por las mismas corrientes, ya sean naturales o artificiales". Ya que es necesario que -- exista una cobertura contra daños al equipo informático, en es pecial a sus unidades directrices por cambios en el voltaje y demás riesgos derivados de esta causa. Se puede aplicar en es te caso la cobertura que ofrece el seguro de equipo electrónico en su sección de daños materiales (1).

Otro comentario es que el riesgo de daño por explosión es frecuente en los equipos informáticos por lo que consideramos que en este tipo de póliza se contemple en las cláusulas generales y no como endoso como usualmente se maneja.

Es fundamental que esta póliza incluya una cobertura - por responsabilidad civil general frente a terceros de la cual ya se analizó su alcance (2).

Sólo se objeta al respecto que la cobertura por respon sabilidad civil por daños en el extranjero debe entrar en el clausulado principal, incluyendo responsabilidad por viajes en el extranjero de funcionarios de la empresa, trabajos en el ex

(1) Ver Supra 5.5.2.

(2) Ver Supra 5.5.1.2.

tranjero y exportación de productos.

Otra cobertura importante por responsabilidad civil a contemplar por la empresa es la derivada de sus empleados y profesionistas por riesgos de trabajo en atención a lo establecido por la Ley Federal del Trabajo debiendo cumplir también con el registro de los mismos al seguro social y pago de sus cuotas.

Una parte fundamental de esta póliza debe ser la cobertura de riesgos por mal funcionamiento, descomposturas, mal manejo de máquinas, perturbaciones por campos magnéticos, sobretensiones, errores de construcción, vicios ocultos del equipo informático, errores de control daños provocados por terceros, etc., muchas coberturas similares a estos riesgos las encontramos en el seguro de equipo electrónico (1), las cuales se pueden tomar como base para cubrir los riesgos informáticos y añadir a su vez una protección de seguro para aspectos más técnicos dentro del campo de la cibernética (2).

En lo que concierne al centro de cómputo o la falta de calidad de los programas, falsa programación, perforación o inserción, descarte de portadores externos de datos o pérdida de información causada por campos magnéticos todos los riesgos anteriores deben pasar por la estricta vigilancia y estudio de técnicos en el ramo.

Otro riesgo que creemos es importante que se cubra es

- - - - -

(1) Ver Supra 5.5.2.

(2) Cibernética: Ingeniería en Sistemas de Cómputo.

el de daños a la empresa por huelgas de su personal, aquí su gerimos una indemnización por ganancias esperadas y pago de daños y perjuicios.

Por acuerdo entre las partes la compañía aseguradora y el asegurado fijan las sumas aseguradas, tanto para el equipo informático e instalaciones como para programas, información, datos y archivos, en base a ello se aplica la cuota para pagar la prima la cual puede ser dividida en 2 semestres con una vigencia de un año lo que proponemos se fijen por separado la suma asegurada del material y de los programas, y - por otro lado, la suma asegurada de su contenido o sea de la información y datos confidenciales para efectos de una cobertura especial que se va a analizar más adelante.

Las coberturas por anuncios luminosos y cristales también deben incluirse en la póliza, cabe mencionar que según - estadísticas la rotura de cristales tiene un alto índice de - siniestralidad.

Consideramos que la póliza de transportes existente debe ser controlada en forma específica y por separado cada vez que se requiera transportar equipo informático (1).

Se sugiere una cobertura especial consistente en indemnizar al asegurado por lucro cesante y ganancias brutas no obtenidas a causa de la realización del siniestro. En la actualidad sólo existe la indemnización por ganancias brutas en un

(1) Ver Supra 5.5.3.

endoso de la póliza de incendio, es decir, sólo se aplica cuando los daños son causados por incendio. La proposición que se hace es que se indemnice también por daños ocasionados por otras causas como son, mal funcionamiento del equipo o por errores en el manejo y que se le pague a la parte afectada mientras vuelven a funcionar los equipos. Esto significa hacer un cálculo de las pérdidas por día siendo la causa falta de funcionamiento del sistema de cómputo para lo cual se debe realizar un detallado análisis y presentar contablemente a que monto asciende la pérdida sufrida por el siniestro. También se aplica en este caso la cobertura por responsabilidad civil a terceros, cuando hay incumplimiento del contrato de prestación de servicios a un cliente, por causas inherentes al daño en el equipo informático.

De igual forma, si durante el transporte se dañan o destruyen las unidades, el seguro debe indemnizar mientras se reemplazan y se puede empezar a trabajar, es decir, el seguro debe responder al asegurado hasta el límite de la suma asegurada y si existiera salvamento, la compañía aseguradora se encargará de él, por otra parte, de acuerdo al artículo 111 de la Ley del Contrato de Seguro al realizar la indemnización se subrogará en los derechos de el asegurado frente al responsable que en este caso podría ser la compañía transportista.

Existe en el mercado de seguros la cobertura de robo por lo que en su respectiva póliza se fija la suma asegurada de los objetos y se indemniza hasta ese monto.

Asimismo estamos de acuerdo en que se aplique la cobertura anterior para robo de objetos tangibles, aunque existen en el campo de la informática figuras delictuosas a las que se les ha denominado precisamente "Delitos Informáticos" (1), los cuales deben ser objeto de un tratamiento jurídico especial.

Uno de estos actos delictuosos es el pillaje de programas de cómputo, acción no tipificada aún en nuestro Código Penal en donde no se da tanto una sustracción física del objeto sino una copia o reproducción del contenido del programa (información y datos confidenciales) para obtener provecho del mismo, aunque el programa físicamente siga en manos de su dueño (2).

Los problemas de pillaje o piratería de dichos programas se originan en la lucha continúa de las empresas especializadas por dominar el mercado informático de programas así como de los particulares aprovechándose de los conocimientos informáticos adquiridos y del acceso a nuevas tecnologías con fines evidentes de enriquecimiento indebido.

En lo que respecta a las empresas éstas acciones se realizan por la vía del espionaje industrial extremadamente sofisticado

- (1) "Computer Crimes" o Crímenes por computadora siguiendo la terminología de Donn Parker en su obra homonima, 1978 Ed. Scribners, N.Y.
- (2) Estos programas de cómputo por su contenido y destinación son un objeto dotado de un valor económico intrínseco que no depende de la materia que le es incorporada sino del factor intelectual integrado al momento de su creación, y en cuanto a lo que implica en función del uso de que será objeto y que reside en la información que representa.

ticado en la actualidad y que se manifiesta precisamente de productor a productor sea por la intermediación de una persona que trabaja para otro grupo o actuando como espía industrial o por la intermediación de usuarios de buena o mala fé, quienes sin respetar la prohibición de divulgación que gravita sobre ellos, buscan beneficios adicionales "vendiendo" la información a la competencia o a otros usuarios (1).

Es por ello que estimamos conveniente se introduzca una cobertura que podría funcionar como endoso en la póliza que se propone referente al robo de programas de cómputo en la que por un lado el asegurado fije junto con un técnico de los aseguradores la suma asegurada para cubrir el riesgo por robo físico de los programas y por otro, se fije otra suma asegurada que cubra un determinado monto por pillaje o piratería de la información contenida en esos programas que pudiera sufrir la empresa informática (2).

Esta cobertura va encaminada a la indemnización de la que podría ser objeto el asegurado a causa de un tercero llamado "competencia", que comercialice sus programas: En este ámbito ocupan lugar las figuras de competencia desleal (3) y enriquecimiento ilegítimo contempladas por nuestro Código Civil (4).

Es decir que aquí se indemnizaría tanto a los proveedo-

(1) Téllez Valdés Julio., op. cit

(2) La fijación de la suma asegurada podría quedar a discreción del asegurado quien podría evaluar las pérdidas y perjuicios, en caso de robo de sus programas.

(3) Acciones comerciales dolosas que no se apegan a la ley ni a los usos comerciales.

(4) "el que sin causa se enriquece en detrimento de otro" Art. 1882 Código Civil.

res o usuarios por lucro cesante (1) o pérdidas de las ganancias o merma de ingresos a causa de la comercialización de su programa que un tercero está llevando a cabo.

Estamos concientes de que sería una apreciación muy subjetiva, pero es por ello que se debe fijar una suma asegurada y sobre ésta cobrar la prima respectiva.

Al reclamar un siniestro de este tipo sería esencial - presentar pruebas fehacientes y que técnicos expertos en la materia ajustarán el caso a la vez que la compañía aseguradora al aceptar cubrir un riesgo así analice perfectamente las circunstancias y pida una serie de medidas de previsión y protección (2).

Consideramos que algunas de las medidas de tipo técnico que podrían adoptarse son:

1) La utilización de los métodos de criptografía (ciencia que transcribe las informaciones en forma secreta) consistente en criptar los programas por un sistema de codificación sofisticado a efecto de que si el competidor "pirata" conoce el algoritmo no le sea suficiente pues deberá conocer también la clave la cual podrá ser cambiada. Es evidente que con la evolución tan rápida de la tecnología este sistema se convierte - en vulnerable.

(1) Ganancias que pierde una compañía debido a distintas causas ajenas a ella.

(2) Cabe expresar que uno de los principales problemas en Derecho Informático es el de la carga de la prueba, por lo que es necesario un desarrollo adecuado y paralelo de este aspecto a fin de fortalecer las vertientes adjetiva o procedimental de esta nueva disciplina jurídica.

2) La utilización de los métodos de borrado interno consistentes en que a cada cliente se le dé un número de registro específico al venderle un programa el cual lleve un dispositivo que impida la duplicación o el copiado impropio del programa por un mecanismo de codificación de pistas cabe mencionar que el uso de estos dispositivos presenta el inconveniente de que un programador descontento puede sabotear el programa luego de que deje de prestar sus servicios a la empresa.

Aún no se ha legislado apropiadamente sobre una protección jurídica de los programas de cómputo aunque en varios países de Europa Occidental y en los Estados Unidos se han hecho estudios al respecto, sin llegar a concretizar nada hasta el momento. En nuestro país el senado de la República está interesado en legislar sobre esta materia sin existir por ahora -- ningún proyecto en específico.

A este respecto, existe un estudio hecho por el Dr. Julio Téllez especialista en la materia, quien analiza la protección jurídica de los programas de cómputo a través de un derecho "Sui Generis", combinando derecho de patentes y derechos de autor a manera de un sistema de registro internacional como protección paralela de vigencia en varios países y que tiene por objeto recompensar y favorecer los esfuerzos de los creadores de programas, así como difundir estos conocimientos (1).

Sobre el particular consideramos que esté o no regulada la protección jurídica de los programas de cómputo las empresas

 (1) Téllez Valdés Julio., op. cit.

informáticas y los usuarios deben asegurar sus programas si así lo estiman conveniente para evitar acciones de pillaje.

Una vez hecha la legislación la compañía aseguradora podrá subrogarse en los derechos del asegurado y repercutir contra los responsables de tales actos delictuosos.

Por otro lado, es importante mencionar que en los Estados Unidos las compañías de seguros sacaron recientemente al mercado una cobertura por robo de datos confidenciales a un sistema de cómputo (1). Para la contratación de la misma el asegurado debe fijar una suma asegurada con asesoría de expertos en la materia y la prima a pagar será un porcentaje de ella, esta cobertura está sujeta a varias condiciones y excluyentes pero es al fin y al cabo un seguro para la información.

En Francia y otros países de Europa Occidental se ha buscado la forma de asegurar los llamados riesgos informáticos, surgiendo recientemente una póliza que pretende cubrir estos riesgos en su totalidad como un seguro muy parecido al que existe para el equipo electrónico aunque con algunas variantes que consideramos insuficientes para asegurar completamente todos los riesgos a que está expuesta una empresa informatizada (2).

Para finalizar, argumentamos que la póliza de seguro para material informático que se propone en este estudio pretende cubrir en su totalidad los riesgos de todo sujeto relacionado con la informática los cuales seguramente irán aumentando a medida que la tecnología evolucione.

(1) CIGNA (Reaseguradores Internacionales)
(2) Inforep (Informática Repartida)

CONSIDERACIONES FINALES.

A continuación presentamos las consideraciones finales a manera de corolario de este trabajo.

- 1.- Los llamados contratos informáticos surgieron ligados a la inminente comercialización de la computadores y su evolución ha sido paralela al avance tecnológico aunque con notorias carencias legales provocando hoy en día una necesaria intervención por parte del Derecho para su regulación en vías de establecer una figura jurídica especial.
- 2.- Los contratos informáticos de material o de sistema son el resultado de la automatización de un gran número de grandes, medianas y pequeñas empresas que han invertido fuertes sumas de dinero para adoptar sistemas informáticos que satisfagan eficazmente sus necesidades.
- 3.- La redacción de los contratos informáticos se hace en términos muy técnicos -- quitando importancia al factor jurídico, provocando un desequilibrio contractual

entre el proveedor y el usuario debido al desconocimiento técnico y falta de asesoría de éste último, así como al afán publicitario del proveedor para vender sus productos.

- 4.- Los contratos informáticos, en su mayoría, tienen un carácter de adhesión -- muy acentuado, por lo que consideramos importante que el Estado sea más rígido y tienda a proteger no sólo sus propios intereses sino también los de los particulares.
- 5.- Las relaciones precontractuales (estudios de oportunidad, de viabilidad, -- etc.) son imprescindibles en la negociación de un contrato informático para que el usuario elija adecuadamente el material o servicio informático que requiere, aunque dependa en gran parte de la efectividad del equipo y de la adecuación concreta a sus necesidades.
- 6.- La acepción de riesgo informático como un concepto nuevo en la terminología -- del contrato de seguro, se refiere a -- la incertidumbre que existe por la posible realización de un suceso relacionado con la amenaza de daño respecto -- al equipo informático, programas de --

cómputo, proyectos, archivos, información, datos confidenciales y referente a la responsabilidad civil.

- 7.- Es conveniente que tanto proveedores y usuarios cuantifiquen adecuadamente la rentabilidad de sus bienes y servicios informáticos para solventar los riesgos que puedan convertirse en siniestros o desastres y recurrir a una cobertura de seguro que proteja esa incertidumbre.
- 8.- Ante la falta en nuestro país de un contrato de seguro específico que cubra los riesgos informáticos es menester el surgimiento de una apropiada cobertura expreso que aténúe dicha situación.
- 9.- Es imperioso que el Derecho Positivo - esté permanentemente actualizado respecto a la tecnología y de aquí la necesaria consolidación del Derecho de la Informática a efecto de regular adecuadamente problemáticas específicas - tales como los denominados Contratos Informáticos.

B I B L I O G R A F I A

- 1.- BARRERA Graf, Jorge; Tratado de Derecho Mercantil, Editorial Porrúa, México 1967.-
- 2.- BENITEZ de Lugo, Raymundo Luis; Tratado de Seguros, - Instituto Editorial Reus, Madrid España 1955.-
- 3.- BERNACCHI R. y Larsen G.; Data Processing Contrats -- and the law, Boston - Toronto 1974.-
- 4.- BENSOUSSAN A. Y Salvator M, Risques Informatiques, -- Editions des Parques, Paris 1983.-
- 5.- BERTRAND A, Contrats Informatiques, Services Et Conseils, Editions des Parques, Paris 1983.-
- 6.- BIGELOW R. y Nycum S, Your Computer and the Law, Prentice Hall, N.J. 1975.-
- 7.- BORJA Soriano, Manuel; Teoría General de las Obligaciones, Editorial Porrúa, México 1984.-
- 8.- BRANDON D. y Segelstein S; Data Proccesing Contrats, Structure, Contrats and Negotiation, New York 1976.-
- 9.- BROOK D. y otros, Computer Law 1981; Acquiring Computer Goods and Services, Practising Law Institute, - New York 1982.-
- 10.- CERVANTES Ahumada, Raúl; Títulos y Operaciones de Crédito, Editorial Herrero, 6a. Edición, México 1969.-
- 11.- CLARIZIA Renato, Problemas Jurídicos de los Contratos de Utilización de los Ordenadores, Doc. Admtva. No. - 199, Jul - Sept / Oct - Dic. 1983, Madrid, España.-
- 12.- COBO Cayón, Juan Fernando, Manual de Derecho de Seguros, Edición controlada por la Revista Mexicana de Se

- 13.- COLANTTI, Carlos E y Torres, Pedro E, La Conclusión del Contrato de Seguros, Edición controlada por la - Revista Mexicana de Seguros.
- 14.- DEL CARO Escudero F, Derecho Español de Seguros, Edición controlada por la Revista Mexicana de Seguros.
- 15.- DE CHAMPRIS H, La Nature Des Contrats Relatifs Aux - Logiciels, Bureaux de France 1983, No. 193.-
- 16.- DESJEUX X, Des Obligations Respectives de L'Utilisateur Et Du Constructeur, 01 Informatique No. 107, - 1977.-
- 17.- De Lamberterie I, Les Techniques Contractuelles Suscités par L'Informatique, C.N.R.S., Paris 1977.-
- 18.- DE PINA, Rafael; Elementos de Derecho Civil Mexicano Editorial Porrúa, 2a. Edición, México 1976.-
- 19.- DONATI, Antígono; Los Seguros Privados, Manual de Derecho, Edición controlada por la Revista Mexicana de Seguros.
- 20.- FELIX Morandi Juan, Estudios del Derecho de Seguros, Ediciones Panedillo, Buenos Aires 1971.-
- 21.- FERNANDEZ Dirube, Ariel; El Seguro, su estructura y función económicas, Editorial Shapire, S.R.L., Buenos Aires, 1966.-
- 22.- FLORES Margadant, Guillermo; Introducción a la Historia del Derecho Mexicano, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1971.-
- 23.- FRANK H, Knight, Riesgo, Incertidumbre y Beneficio, Editorial M. Aguilar, Madrid España 1956.-
- 24.- FUCHS A, Der Erwerb, Ron Computern, Schulthess Polygraphische Verlag, Zurich 1973.-

- 25.- GOMEZ Arriola, Salvador; Los Seguros Privados en Mé -- xico, Edición controlada por la Revista Mexicana de - Seguros, México 1968.-
- 26.- GORDON B, Davis; Introducción a las Computadoras Elec trónicas, Editorial Continental, México 1969.-
- 27.- GREENS, Mark R; Riesgo y Seguro, Edición controlada - por la Revista Mexicana de Seguros.
- 28.- GUARDIA CH., De la Responsabilité du Vendeur or du -- Bailleur D' Ordinateur, Gaz, Pal, 1974.-
- 29.- GUTIERREZ González, Ernesto; Derecho de las Obligacio nes, Editorial Cajica, 5a. Edición, México 1976.-
- 30.- HALPERIN, Issac; Contrato de Seguro, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1966.-
- 31.- LINANT de Bellefons X, L' Informatique et le Droit, - Ed. P.U.F. 1981 (QJSJ No. 1923).
- 32.- LOS SEGUROS, Edición controlada por la Revista Mexica- na de Seguros.
- 33.- Los Siniestros en el Seguro de Transportes, Curso de - Seguros del Chartered Insurance Institute, Editorial Mapfre, Madrid España 1971.-
- 34.- MANES, Alfredo; Tratado de Seguros, Teoría General de Seguros, Traducción de la 4a. Edición Alemana por Feg mán Soto, Editorial Logo, Madrid España 1960.-
- 35.- MANTILLA Molina, Roberto, Derecho Mercantil, Editorial Porrúa, México 1978.-
- 36.- MESSINEO, Francesco; Doctrina General del Contrato, - Buenos Aires 1952.-

- 37.- MORANDI, Juan Carlos Felix; Estudios de Derecho de Seguros, Ediciones Panedille, Buenos Aires 1971.-
- 38.- MURATTI, Natalio; Elementos Económicos Técnicos y Jurídicos del Seguro, Editorial El Ateneo, Buenos Aires 1946.-
- 39.- PALACIOS Bermudez, Roberto, Diccionario de la Legislación de Seguros, Editorial Porrúa, 4a. Edición, México 1946.-
- 40.- RIEGEL, Robert y Miller, Jerome S., Seguros Generales, Principios y Práctica, Traducción de la 4a. Edición por Leonor Paiz, Cia. Editorial Continental S.A. México 1965.-
- 41.- RODRIGUEZ Y Rodríguez, Joaquín; Derecho Mercantil, Editorial Porrúa, 11a. Edición, México 1974.-
- 42.- RODRIGUEZ Sala, Jesús; El Contrato de Seguro en el Derecho Mexicano, B. Costa, Amic Editor, México 1976.-
- 43.- ROJINA Villegas, Rafael; Compendio de Derecho Civil Mexicano, Editorial Porrúa, 17a. Edición, México 1980.-
- 44.- RUIZ Rueda, Luis; El Contrato de Seguro, Editorial Porrúa, 1a. Edición, México 1978.-
- 45.- SAMBRIDGE E; Purchasing Computers, Gower Press, 1977.-
- 46.- SANCHEZ Medal, Ramón, De Los Contratos Civiles, Editorial Porrúa, 5a. Edición, México 1980.-
- 47.- SMITH L. A; Survey of Current Legal Issues Arising from Contracts for Computer Goods and Services, Computer L.J., 475, 1979.-
- 48.- S.P.P. (Secretaría de Programación y Presupuesto), La Informática y el Derecho, INEGI, México 1983.-