

175



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
ACATLAN**

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

**" ESTUDIO ANALITICO SOBRE LOS CONTRATOS
INFORMATICOS Y LA PROTECCION JURIDICA A
LOS SISTEMAS COMPUTACIONALES "**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
MARTINEZ MARTINEZ MARTHA**

ASESOR: LIC. JORGE SERVIN BECERRA



STA. CRUZ ACATLAN, EDO. DE MEX.



Universidad Nacional
Autónoma de México



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.

AGRADECIMIENTOS A MI DISTINGUIDO JURADO:

- LIC. MAGDALENA HERNANDEZ VALENCIA
- LIC. LEONCIO CAMACHO MORALES
- LIC. ALVARO MUÑOZ ARCOS
- LIC. VICTOR I. DOMINGUEZ CHAVEZ

UN SINCERO Y ESPECIAL RECONOCIMIENTO POR TODO EL APOYO ACADEMICO Y MORAL QUE ME FUE BRINDADO DURANTE TODOS MIS ESTUDIOS PROFESIONALES, ASI COMO POR TODAS LAS ATENCIONES CONCEDIDAS:

- LIC. JORGE SERVIN BECERRA
- LIC. ARGELIA ARELLANO BACA

CON CARIÑO:

- A MI AMADO ESPOSO
- A MI FAMILIA
- A MIS AMIGOS

INDICE

CAPITULO I

TEMA	PAGINA
ANTECEDENTES HISTORICOS	
A) ROMA	1
B) FRANCIA	3
C) INGLATERRA	4

CAPITULO II

LA TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES Y SU APLICACION A LOS CONTRATOS INFORMATICOS	6
A) LA OBLIGACION, ANTECEDENTES HISTORICOS	7
B) CLASES DE OBLIGACIONES	8
C) FUENTES DE LAS OBLIGACIONES	10
D) LOS CONTRATOS COMO FUENTES DE LAS OBLIGACIONES	12
d.1 LOS SUJETOS	14
d.2 EL CONSENTIMIENTO Y SUS VICIOS	15
d.3 EL OBJETO	24
d.4 LA CAUSA	30
d.5 LA FORMA	32
E) LOS ELEMENTOS ACCIDENTALES DE LOS CONTRATOS	36
e.1 LA CONDICION	36
e.2 EL TERMINO	37
e.3 EL MODO O CARGA	38
F) CAUSAS DE TERMINACION DE LOS CONTRATOS	39

CAPITULO III

LA TEORIA GENERAL DE LOS CONTRATOS Y SU APLICACION A LOS CONTRATOS INFORMATICOS	42
A) CONVENIO Y CONTRATO	42
B) ELEMENTOS DE EXISTENCIA Y VALIDEZ	43
C) LEGITIMACION	44
D) LA CAPACIDAD	45
E) FORMAS DE INTERPRETACION DEL CONTRATO	47
F) CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS	48

CAPITULO IV

LOS CONTRATOS INFORMATICOS	55
A) GENERALIDADES	55
B) DEFINICION	59
C) CLASIFICACION	61
D) ELEMENTOS ESPECIFICOS	71
E) LOS LLAMADOS RIESGOS INFORMATICOS	75

CAPITULO V

LOS PROGRAMAS DE COMPUTACION Y SU PROTECCION JURIDICA	79
A) PROBLEMÁTICA GENERAL	79
B) INSUFICIENCIA DE LA PROTECCION JURIDICA	82
C) LA PROTECCION A LOS PROGRAMAS MEDIANTE CONTRATO	84
D) LA PROTECCION EXTRA CONTRACTUAL	87

E) LA PROTECCION MEDIANTE LA APLICACION DEL DERECHO CIVIL	88
F) METODOS DE PROTECCION DERIVADOS DEL DERECHO COMUN	91
CONCLUSIONES	104

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LOS CONTRATOS

HISTORIA

Es importante retomar los conceptos fundamentales que los juristas de la época romana hicieron respecto a los Contratos innominados, a los cuales definieron de la siguiente forma:

"Los contratos innominados son reconocidos con el *ius civile* de la última época republicana haciendo la siguiente clasificación de acuerdo a la manera de perfeccionarse."

1.- **CONTRATOS VERBIS:** Se perfeccionan pronunciando frases consagradas por la tradición por ejemplo *stipulatio* (pregunta y respuesta).

En Roma el arreglo verbal no producía efectos jurídicos, necesariamente, debía adoptar una forma aceptada por la tradición jurídica, dentro de estos contratos tenemos los siguientes:

a) **NEGOCIO PER AES ET LIBRAM:** Se tienen antecedentes de que la mayoría de los negocios jurídicos que se celebraban en Roma eran de esta naturaleza y se realizaban ante una balanza y en presencia de cinco testigos se pronunciaban las frases para lo cual se tocaba la balanza con un pedazo de bronce.

Esta costumbre es considerada como el germen de casi todo el sistema jurídico romano.

Uno de los más importantes contratos verbis fue la *STIPULATIO*, que era el intercambio de una pregunta-respuesta de una futura contraprestación, y que las partes debían estar presentes siendo las consecuencias de *stricto iuris*.

2.- **CONTRATOS LITERIS:** Se perfeccionaban mediante el uso de escrituras.

Este no era un contrato que se perfeccionaba con cualquier pacto suscrito. Esta era

una figura relacionada con la contabilidad doméstica y por ende cayó en desuso volviendo a la práctica en tiempos de Justiniano, mediante una fraudulenta interpretación del significado que tienen determinados documentos probatorios, relacionados con préstamos.

3.- CONTRATOS REALES: Estos contratos se perfeccionaban mediante el consentimiento unido a la entrega de un objeto comprendía un contrato *stricti-juris*, (como el mutuo) y tres contratos de buena fé (comodato, prenda y depósito).

Es necesario señalar brevemente los conceptos generales así como las características principales de algunos de los contratos reales de mayor importancia, por ejemplo:

a) Mutuo y comodato. Ambos se perfeccionaban con la mera entrega del objeto y con el consentimiento sin vicios. El mutuo es un contrato unilateral y por la tanto *stricti-juris* es un contrato real. Podemos definirlo también como un préstamo gratuito de consumo y es el contrato por medio del cual una persona llamada mutuante, transmitía a otra llamada mutuario, la propiedad de bienes genéricos obligándose a este a devolver más tarde una cantidad de bienes del mismo género y calidad.

El comodato es un préstamo de uso por el cual una persona llamada comodante, entregaba a otra persona llamada comodatario, un bien específico y que podía devolver a aquél después de un plazo convenido, recaía generalmente sobre bienes específicos siendo característica principal que el comodatario no tenía el *ius abutendi*.

Esta clasificación la encontramos en las Instituciones de Gayo (las obligaciones son contraídas mediante la entrega del objeto, mediante fórmulas verbales o simple consentimiento).

Hechas las anotaciones anteriores respecto de los contratos innominados que como podemos observar existen pocos antecedentes históricos, ahora precisaremos la clasificación de estos en atención a las partes:

- 1.- DO UT DES (Doy para que des)
- 2.- DO UT FACIAS (Doy para que hagas)
- 3.-FACIO UT DES (Hago para que des)
- 4.- FACIO UT FACIAS (Intercambio de servicios)

Estos contratos se perfeccionaban con la prestación de cualquiera de las partes, el derecho europeo modificó esencialmente el sistema de estos contratos, incorporándole un cambio importante: los deberes vencidos, esto es, pueden ser reclamados inmediatamente después de su vencimiento.

B) FRANCIA

Los antecedentes de importancia que podemos señalar en la doctrina francesa, son los siguientes:

Para autores como Mazeud las reglas que rigen a cada contrato, son en principio reglas supletorias, por ser autónoma la voluntad de los contratantes , es decir que éstos tienen voluntad para obligarse como crean conveniente y en los términos que les favorezca. Así pues, consideran que el legislador únicamente interviene para suplir su silencio y llenar los blancos del contrato.

En la esfera contractual como en las demás, la voluntad individual no siempre es soberana, tropieza generalmente con el orden público, que protege el legislador estableciendo algunas reglas imperativas y en el régimen francés, estas reglas se tornan cada vez más impositivas.(1)

(1) Flores Margadant, "Derecho Romano", Editorial Porrúa, págs. 307.

Respecto a los contratos innominados que son los relevantes para el presente trabajo, el autor en comento manifiesta que sea cual fuere la esfera contractual, debe subsistir el principio de la libertad, es decir que los contratantes deben ser libres para modificar las reglas legales supletorias y libres para introducir en su contrato algunas reglas elaboradas por el legislador para otro contrato.

Aparecen así junto a los "contratos nominados" los que define el legislador al establecer sus reglas particulares, algunos "contratos innominados", surgidos de la libre voluntad de los contratantes. La variedad de los contratos es infinita, luego entonces no tiene otros límites que la propia imaginación de los contratantes.

Por lo tanto, los redactores de nuestros Códigos, no podían pretender establecer las reglas supletorias de cada uno de los contratos, y en Francia le pertenece entonces al Juez, analizar el contrato que se le somete, y sin atender a los términos utilizados por las partes, calificarlo para equipararlo a uno de los contratos nominados, o en su caso, negarle tal asimilación.

C) INGLATERRA.

En este punto podemos señalar, que se siguen utilizando los principios aportados por el Derecho Romano, y en realidad la innovación es que, la escuela clásica dice que el contrato es sólo un caso de aplicación del Derecho de mera ejecución de normas, y la escuela inglesa sostiene que el contrato es un método de creación de normas individualizadas, y excepcionalmente también de normas generales, método que encaja perfectamente en el proceso general de creación jurídica. (2)

Así pues, los contratos también pueden crear normas generales, citando por ejemplo el contrato ley de nuestra legislación mexicana, o los actos colectivos como son los estatutos de todas las personas morales.

(2) Floris Margadant, "Derecho Romano", Editorial Porrúa, págs. 308

En la escuela tradicional el contrato es solamente un acto jurídico productor de derechos y obligaciones pero no se estudia como norma individualizada, en cambio para la escuela inglesa si lo es. Al igual consideran que aun cuando en el contrato se elabora sólo una norma individual, tal contrato pasa a formar parte del derecho objetivo, no sólo hay derechos y obligaciones como sostiene la tendencia clásica, ya que estos derechos y obligaciones forzosamente necesitan, de una norma individualizada, es decir, de un contrato.

Otra aportación que podemos mencionar, es que si bien es cierto que el contrato es un acuerdo de voluntades, las voluntades siempre son idénticas, lo que puede ser distinto u opuesto son las prestaciones y a consideración de algunos autores ingleses, hay voluntades paralelas y cruzadas, paralelas cuando persiguen la misma finalidad, y cruzadas, por ejemplo en el contrato de compraventa.

La escuela clásica dice que las voluntades son distintas, porque confundía dos cosas diferentes, el contenido de las voluntades y el contenido de las prestaciones, pero si ambas partes no se pusieran de acuerdo sobre el mismo contenido de voluntad, no existiría el contrato. Asimismo, en los contratos innominados, también consideran que existe esta posibilidad. (3)

Finalmente podemos concluir con la última innovación que al respecto se hace, y esta es que consideran que del mismo modo que hay problemas surgidos de los conflictos de normas generales en el tiempo y en el espacio, hay también problemas para determinar el ámbito de vigencia de los contratos en el tiempo y en el espacio, además tenemos que determinar qué puede ser objeto de los contratos, qué contenidos pueden ser materia de ellos y a qué personas pueden afectar.

Esto último será tratado en los capítulos subsecuentes en virtud de que algunos de estos supuestos son los que se presentan en la ejecución de los Contratos Informáticos, materia del presente.

(3) Floris Margadant, "Derecho Romano", Editorial Porrúa, págs. 308

CAPITULO II

LA TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES Y SU APLICACION A LOS CONTRATOS INFORMATICOS

Como lo mencione en la introducción del presente trabajo, y en virtud de que el objetivo primordial del presente, es el análisis jurídico de los contratos informáticos, así como su regulación en nuestro sistema jurídico, se hace necesario hacer énfasis en lo que se conoce como la Teoría General de las Obligaciones, toda vez que como es bien sabido dentro de este gran tema, se encuentran ubicados los contratos como fuente de las obligaciones, en tal virtud iniciaremos el presente capítulo puntualizando en los siguientes temas.

La Teoría General de las Obligaciones, no es una teoría directa de los clásicos, sino más bien, una reinterpretación del *CORPUS IURIS*, que hicieron los pandectistas alemanes del siglo pasado.

Asimismo, es necesario señalar el concepto de obligación que para Papiano, su autor, era considerada como:

" Obligación es el vínculo jurídico por el cual quedamos constreñidos a cumplir, necesariamente, de acuerdo con el derecho en nuestra comunidad jurídica ".

"IURIS VINCULUM QUE NECESITATE ADTRINGIMUS ALICUIUS SOLVENDARE REI SECUNDUM NOSTREA CIVITATIS IURA"

Esto es, toda obligación es una relación cuando menos triangular entre un acreedor, un deudor y una comunidad que por sistema legal sanciona el vínculo jurídico en cuestión.

Otra definición que a mi criterio es la más completa, porque no sólo establece vínculos jurídicos que nacen dentro de una sociedad o que el sistema jurídico de ésta los impone, sino que incluye los personajes que abran de intervenir, es la del maestro Guillermo Floris:

"Obligación es el vínculo jurídico entre dos o más personas de las cuales uno o más sujetos activos están facultados para exigir de otra, u otras, cierto comportamiento pasivo o negativo, mientras que el sujeto(s) pasivo(s) tienen el deber de observar este comportamiento, deber sancionado mediante una acción personal"⁽⁴⁾

De esta definición que como ya lo señalé anteriormente es una de las más completas, podemos distinguir los siguientes elementos:

1.- SUJETO ACTIVO

2.- SUJETO PASIVO

3.- OBJETO. Dar, hacer, no hacer y para algunos autores tolerar, es necesario mencionar que el objeto no es el bien material a que esta pueda referirse, sino un comportamiento que eventualmente se refiere a un bien material.

A) LA OBLIGACION, ANTECEDENTES HISTORICOS

La obligación romana, nació en el terreno de los delitos originalmente de un delito se hacía surgir a favor de la víctima o de su familiar lo que se conoce como un "derecho de venganza", por lo tanto la obligación antigua era una atadura en garantía del cumplimiento de obligaciones nacidas de delitos.

En alemán se dan algunos conceptos, como son:

- SCHULD, deuda

- HAFTUNG, Proporciona al acreedor un medio de recuperación.

Otro de los conceptos de obligación que se manejó durante la época romana, es el creado por Paulo quien define a la obligación como:

(4) Floris Margadant - Derecho Romano, Editorial Porrúa, págs.307

"Obligationum substantia ..., in eo consistit. . . , ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum "

"La sustancia de las obligaciones consiste. . . en que constriña a otro a darnos, a hacernos o a prestarnos algo cosa " (5)

Autores modernos definen a la obligación diciendo que es un vínculo de derecho que nos sujeta respeto de otro a darle alguna cosa o hacer o no hacer alguna cosa

Colin et Capitant la definen: " La obligación o derecho de crédito es un vínculo de derecho entre dos personas en virtud del cual el acreedor puede constreñir al deudor sea a pagarle una suma de dinero o a entregarle una cosa, sea a ejecutar una prestación que puede consistir en hacer alguna cosa o en abstenerse de un acto determinado."

B) CLASES DE OBLIGACIONES

a) Las obligaciones unilaterales: son deberes que corren a cargo de una sola de las partes.

b) Las obligaciones sinalagmáticas; ambas partes tienen deberes con la otra, también existen obligaciones sinalagmáticas imperfectas, que normalmente producen deberes para una sola de las partes, por ejemplo el préstamo de uso, sin embargo no existen negocios unilaterales puros, ni aun el mutuo que es un préstamo de consumo.

(5) Definiciones tomadas del autor Borja Soriano Manuel, "Teoría General de las Obligaciones". Editorial Porrúa, págs. 69, 70 y 71.

c) Obligaciones *stricto iuris* en estas el sujeto pasivo esta obligado estrictamente a lo pactado sin que la equidad pueda agravar o atenuar el contenido de la obligación.

d) Obligaciones de buena fé, aquí el deber del sujeto pasivo debe interpretarse a la luz de las circunstancias especiales, aquí surgen las figuras de la compensación, la culpa, el dolo por emisión, el pago de daños y perjuicios.

Las obligaciones nacidas de contratos unilaterales son *stricto iuris*, y de los contratos bilaterales son de buena fé.

e) Obligaciones abstractas establecen deberes sin referencia alguna al orden de las mismas, por ejemplo la acción cambiaria.

f) Obligaciones causales.- se interpretaban bajo circunstancias especiales que provocaban el nacimiento de las mismas.

g) Obligaciones civiles.- proporcionan al acreedor la posibilidad de acción, en caso de incumplimiento del deudor.

h) Obligaciones naturales.- estas no crean un derecho ni un procedimiento para hacerse cumplir, pero si es de índole jurídica. Este tipo de obligaciones eran consideradas en el derecho postclásico de la siguiente forma:

- Pueden ser novadas, pueden servir de fundamento para negocios jurídicos accesorios y finalmente pueden compensarse con una obligación civil.

i) Obligaciones divisibles e indivisibles.- las primeras se refieren a que la división del objeto indirecto haría perder parcial o totalmente su valor, las segundas son aquellas que por disposición del derecho positivo se aplican a las servidumbres reales. En caso de deudas genéricas sin fijación de calidad, se permitía que el deudor entregara mercancías de la peor calidad, pero esta situación cambia ventajosamente en el derecho clásico ya que en este se exige la entrega de la mercancía de mediana calidad.

C) FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

Respecto a este tema es necesario precisar, que existen diversidad de elementos que son de gran importancia para todo estudiante de Derecho, no necesariamente aquellos que se avoquen sobre la materia civil, sino también sobre las múltiples ramas del Derecho en virtud de que existen como fuentes de las obligaciones los delitos, los cuasidelitos, los contratos, los cuasicontratos, la gestión de negocios, el enriquecimiento ilegítimo, etc.

Sin embargo, pese a la diversidad de fuentes de las obligaciones, en este caso en particular tomaremos únicamente a los Contratos para efecto de analizar el porqué se incluyen como fuente de las obligaciones.

DEFINICION

Las fuentes de las Obligaciones son los hechos jurídicos que dan origen a ellas. Según Gayo dentro de su obra "Instituciones" establece como únicas fuentes de las obligaciones a los Contratos y a los Delitos.

Según Justiniano establece a los Contratos, a los Delitos, a los Cuasicontratos y a los Cuasidelitos.

Para los Vizantinos existían también la "Pollicitatio" y el "Voto", que eran las ofertas hechas por justa causa a una ciudad o a un templo; lo que actualmente conocemos como licitaciones públicas.

Asimismo hay autores que señalaron otros tipos de fuentes como son la vecindad, la paternidad, tenencia de un testamento; en estos casos la obligación nacía sin existir la voluntad del sujeto pasivo y sin que hubiera por parte del sujeto activo, ningún acto orientado al nacimiento de la misma.

También hay autores que señalan que las obligaciones nacen directamente de la ley sin necesidad de intervención humana.

Aquí vale la pena hacer un comentario no es posible que una obligación nazca directamente de una ley sin necesidad de intervención humana, toda vez que las leyes son creación de un grupo determinado de personas, cuyas facultades le son conferidas por la sociedad que representan.

De las anotaciones anteriores, a mi criterio, debemos puntualizar sobre los conceptos que menciona Gayo, toda vez que hace énfasis únicamente a los contratos, a los cuasicontratos y a los delitos.

Al contrato lo definió como el acuerdo entre varias personas que tiene como objeto producir una o más obligaciones civiles.

Al delito, como un hecho humano castigado por la ley. Aquí debemos mencionar que los hechos jurídicos son aquellos que producen cambios en el mundo del derecho, pero no es un acto jurídico porque no es precisamente el deseado por el delincuente.

Para este autor los cuasicontratos son parecidos al contrato por su licitud y sus consecuencias, pero sin consentimiento entre los sujetos como elemento constitutivo. Por ejemplo la gestión de negocios, el enriquecimiento ilegítimo, la comunidad incidental que se refiere a la relación de coherederos antes de la partición de la herencia.

Finalmente al cuasidelito lo define como el acto ilícito, haciendo mención que el derecho romano no lo clasificaba entre los delitos porque este producía una obligación entre el autor del acto y el perjudicado.

D) LOS CONTRATOS COMO FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

Como hemos anotado anteriormente, de las fuentes de las obligaciones nos avocaremos al estudio de los contratos, por lo que en este tema explicaremos detalladamente cada uno de los elementos que conforman a los contratos en general, para que en su momento podamos aplicar los conceptos que señalaremos en el presente análisis a los contratos informáticos, propiamente dichos.

Primeramente señalaré diversas definiciones de contrato:

"Es el acto por el cual dos o más personas regulan sus respectivos intereses jurídicos y al cual el derecho objetivo le atribuye determinados efectos según la función económico social del acto jurídico en cuestión." (6)

Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos ". (7)

"El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio ". (8)

"El contrato es un convenio por el que dos o más personas se transfieren algún derecho o contraen alguna obligación " (9)

(6) Ramón Sánchez Medaí, " De los Contratos Cíviles " Editorial Porrúa.

(7) Artículo 1137 del Código civil Argentino vigente.

(8) Artículo 1254 del Código Civil Español vigente.

(9) Artículo 1272 del Código civil de 1884.

" El contrato (lo mismo que todo convenio es un acto jurídico bilateral, una manifestación exterior de voluntad, tendiente a la producción de efecto de derecho sancionados por la Ley . Es una doble manifestación de la voluntad: la de los contratantes que se ponen de acuerdo " (10)

"El contrato o convenio, es un acuerdo de dos o varias voluntades en vista de producir efectos jurídicos. Contratando las partes, pueden tener por fin, sea crear una relación de derecho; crear o transmitir una relación preexistente; sea en fin extinguirla " (11)

En la actualidad el contrato es concebido de muy diversas formas, como son:(12)

- El contrato como acto jurídico.
- El contrato como norma jurídica.
- El contrato como documento.

De la definición que cita el autor Sánchez Medal, que a mi criterio es la más completa en virtud de que señala los elementos que intervienen, así como las normas que abran de regularlo sin dejar de mencionar, la función que debe realizar dentro del contorno social que lo regula, partiendo de dicha definición, comenzaremos a explicar cada uno de los elementos de la misma.

(10) Bejarano Sánchez Manuel, "Teoría General de las Obligaciones", editorial Harla, págs. 29 y 30.

(11) Colín y Capitan, Elementos del Derecho Civil Francés, París 1921.

(12) Zamora y Valencia Miguel Angel "Contratos Civiles", pág. 20-23.

I.- SUJETO.

II.- CONSENTIMIENTO.

III.- CAUSA.

IV.- FORMA.

Cada uno de ellos puede dar lugar a rasgos particulares de la obligación que nació del mismo.

Determinados contratos en el derecho clásico quedaron exentos de la forma, como los llamados contratos consensuales, y en el derecho preclásico se dió poca importancia a los requisitos de consentimiento y de la causa.

Los contratos deben contar con todos sus elementos al momento de su celebración, es decir, deben estar completos en cuanto a sus requisitos pero también deberán de carecer de vicios.

Para autores como Miguel Angel Zamora y Valencia, los elementos del contrato sólo son: el consentimiento, el objeto y la forma (13)

Hechas las manifestaciones anteriores, pasemos al estudio del primer elemento.

d.1 LOS SUJETOS.

Lo considero como el primer elemento de los contratos, en virtud de que en nuestro Derecho Positivo, se hace necesario precisar sobre quien habrá de recaer el cumplimiento de la obligación y partiendo de esto existen dos tipos de sujetos.

(13) Zamora y Valencia Miguel Angel, "Contratos Civiles", editorial Porrúa, pág. 25.

Asimismo, los sujetos son considerados como las personas aptas para ser titulares de derechos y resultar obligadas. Para que nazca una obligación bastan dos sujetos, que se denominan de la forma en que los señalo, pero para ser más precisos podemos establecer lo siguiente:

a) El que ostenta el derecho subjetivo, el que tiene la facultad recibe el nombre de sujeto activo.

b) El que soporta la deuda, el que tiene el deber correlativo: está obligado y recibe el nombre de deudor o sujeto pasivo.

d.2 EL CONSENTIMIENTO Y SUS VICIOS

Considerado como el segundo de los elementos de los contratos, y que desde mi punto de vista, es el elemento subjetivo del cual dependerá la validez o invalidez de todo contrato, en virtud de que como se analizará más adelante, si este consentimiento esta viciado, el contrato se verá afectado de nulidad relativa, o en su caso de nulidad absoluta, por lo que de acuerdo a mi criterio, este elemento es el pilar de todo contrato, porque aun existiendo sujetos, objeto, forma y causa, si no existe consentimiento expreso o tácito, simple y sencillamente no existirá el contrato, aunque como lo señalé, tomaremos de estos conceptos lo fundamental para aplicarlos a los contratos informáticos, donde efectivamente no existe un consentimiento propiamente dicho, al igual que en los llamados contratos de compraventa vía red computacional, y que en su momento se tratará el tema.

Iniciaremos con la definición del consentimiento, la cual señala que éste consiste en la congruencia entre las voluntades declaradas de las partes. El consentimiento da origen al problema de los conflictos, entre la voluntad y su declaración y de la declaración de la voluntad en forma tácita, que se consideró como el alma de todo negocio jurídico.(14)

(14) Bejarano Sánchez Manuel "Teoría General de las Obligaciones". Editorial Harla pág. 8.

Como ya lo señalé en el preámbulo del presente, se hace necesario estudiar los llamados "Vicios del Consentimiento", porque dependerá de estos la existencia o no del Contrato.

La gran mayoría de los autores, coinciden en la siguiente clasificación de los vicios del consentimiento

- 1.- El Error
- 2.- El Dolo
- 3.- La Intimidación
- 4.- La Lesión

EL ERROR

"DONDE HAY ERROR NO HAY CONSENTIMIENTO"
ULPIANO

Justiniano establece que en ocasiones el error anula el consentimiento y a veces no.

- a) Errores propios, pueden ser de derecho y hecho. El de Derecho, la parte que lo cometió no puede alegarlo para invalidar el contrato. Errores de hecho: Error sobre la clase de contrato que se celebra.
- b) Error sobre la indicación del objeto del contrato. El mero error de nombre no perjudica.
- c) Error en cuanto a la calidad del objeto del negocio en cuestión, hay dos cualidades: Esenciales y accesorias. Un error sobre las cualidades esenciales anula el contrato, y si es sobre cualidades accesorias no invalida el negocio, sin embargo, no es posible determinar cuales son las accesorias y cuales son esenciales. será el juez quien lo determine.

- d) Error en cantidad. Este no es importante salvo que se haya estipulado.
- e) Error en la persona. Se refiere a la persona de la parte contraria si el contrato se había celebrado en vista de cualidades esenciales de esta, dicho error anula el negocio respectivo.
- f) Error en la causa. Una de las partes se equivoca con el motivo que impulsa a la otra a celebrar el negocio en cuestión. Este no invalida el contrato
- g) Error sobre ciertas consecuencias de hecho. Errores que anulan el contrato pero en caso de ser injustificables pueden dar lugar al pago de daños y perjuicios.
- h) Error impropio. consiste en la falta de coincidencia entre la voluntad y su manifestación

Respecto al error buena fe es importante mencionar, que en nuestra legislación, en sus diversos ordenamientos se menciona la buena fe, para el caso que nos ocupa debemos entender por buena fe:

"El principio de carácter ético conforme al cual los hombres en sus relaciones sociales, y por tanto las partes en todos los contratos, deben proceder con lealtad, sinceridad y honradez y con el ánimo de no lesionar ni engañar a nadie"(15)

De esta definición que da el autor en comento al referirse a la buena fe en los contratos mi punto de vista es el siguiente:

Si bien es cierto que la buena fe es un concepto subjetivo que se cita en muchos ordenamientos, sobre todo de índole civil y laboral, es necesario precisar que ésta no siempre se aplica tal cual es señalada, en virtud de que en la mayoría de los casos existirá en alguna de las partes que intervienen en la celebración de un acto jurídico, el afán de un lucro o algún interés económico, o simplemente el obtener alguna ventaja. por ejemplo en los contratos de compra-venta donde siempre una de las partes se ve beneficiada, y en cierto momento se afecta o lesiona el interés de la contraparte

Citando como ejemplo el Artículo 1796 del Código Civil para el Distrito Federal donde se adopta el concepto de buena fe al señalar: "Los contratos desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que según su naturaleza, son conformes a la buena fe, al uso o la Ley"

Tomando la buena fe como error dentro del contrato, implica una especie de error en el que se encuentra una de las partes, y como ya lo mencioné anteriormente, este error no vicia el consentimiento, ni lo anula sino que lo purifica y lo hace inatacable, es decir, que más bien lo protege a este tipo de error se le llama "Protección de la Confianza".(16)

LA INTIMIDACION

Esta se refiere a la violencia física o psicológica, que quita su libertad al consentimiento, no lo suprime como elemento del contrato, la libertad bajo coacción, no deja de ser libertad.

También este tipo de vicio del consentimiento es conocida como violencia y que acuerdo a los antecedentes históricos que existen al respecto, solo existen dos tipos de violencia:

1.- Violencia física.- cuando se emplea la fuerza física o algún agente material prive de la libertad al contratante.

2.- Violencia moral.- cuando por medio de amenazas o violencia física se coloca a un contratante en esta disyuntiva, o aceptar en ese momento un hecho desventajoso o que va en detrimento del mismo o de personas allegadas a él. A este tipo de violencia le llamaban los romanos *IUS COMPULSIVA*.

(15) Sánchez Medel Ramón, "De los Contratos Civiles" editorial Porrúa.

(16) Bejarano Sánchez Manuel, Teoría General de las Obligaciones, Editorial Porrúa págs.

Sin embargo, no es tan simple que se constituya la violencia como vicio del consentimiento, es necesario que estas amenazas sean ilegítimas o contrarias al derecho, asimismo, la violencia deberá proceder forzosamente de una de las partes, ya que no se configurará si esta procede de un tercero.(17)

Ahora bien en atención a los lineamientos que he desarrollado, se puede desprender que existen semejanzas entre la lesión y la violencia fortuita provocada por un estado de necesidad, pero en nuestra legislación encontramos una importante distinción, esta radica en que en la lesión no se incluye el estado de necesidad, sólo se exige como presupuesto la suma ignorancia, extrema miseria o notoria inexperiencia.

Otro de los principales requisitos para configurar la violencia, las amenazas que se empleen deben poner en riesgo la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte importante del patrimonio del contratante sobre el cual se ejerce la violencia, este requisito lo podemos colocar como el requisito objetivo de la violencia.

Sin embargo, como en toda dialéctica del derecho, existe lo contrario a un hecho, es necesario que se den requisitos subjetivos, en este caso, como requisito subjetivo de la violencia, es indispensable que esta sea de tal naturaleza que se pueda impresionar a una persona razonable, o sea que no se trate simplemente de una broma.

(17) Al respecto el nuevo Código Civil italiano considera el contrato celebrado en estado de peligro como un contrato susceptible de impugnación, cuya acción prescribe en un año (artículo 1449) y que no puede ser confirmado por ratificación (artículo 1451), pero no como un vicio del consentimiento, sino como una hipótesis semejante a la rescisión.

Finalmente, y como conclusión podemos decir que la violencia da origen a la nulidad relativa del contrato, nulidad que sólo puede ser invocada por quien la sufrió, además este vicio del consentimiento es susceptible de ser purgado ya sea por medio de la confirmación como también a través del cumplimiento voluntario o ratificación tácita. Asimismo, hasta que cesa este vicio del consentimiento empieza a correr el término de seis meses para la prescripción negativa de la acción para invocar dicha nulidad.

EL DOLO

En este tema existen múltiples clasificaciones respecto al dolo, podemos empezar con el llamado dolo malo que es toda habilidad maliciosa o maquinación fraudulenta con la que se engaña a otra persona (Labeon). El dolo bueno que es toda astucia comercial o exageraciones con el objeto de motivar el ánimo del comprador.

El dolo no consiste necesariamente en actos positivos, pueden ser omisiones, la diferencia entre dolo y error consiste en que dolo es una maquinación consciente, a fin de producir en la parte contraria un error propio generalmente un error de hecho.

En el derecho romano mediante la cláusula "*doli o stipulatio*", las partes se hacen expresamente responsables de las consecuencias en caso de dolo.

Tomando nuevamente al autor, Sánchez Medal, en los conceptos que señala en su obra, respecto al dolo, que lo ejemplifica mediante lo establecido en el artículo 1815 del Código civil, el cual dice:

"Cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir al error o mantener en él a alguno de los contratantes".

Sin embargo y en atención a los antecedentes históricos que existen respecto al dolo, y que ya fueron señalados en el capítulo respectivo, es necesario mencionar que ha existido como en todo el derecho, una evolución notoria, y actualmente podemos distinguir los siguientes tipos de dolo:

1.- DOLO PRINCIPAL.- recae sobre la causa o motivo determinante de la voluntad de los contratantes, esto es, cuando induce a esta a celebrar un contrato que de otra manera no se hubiera celebrado, y engendra por consiguiente un error nulidad. Por ejemplo cuando se señala como objeto de una compraventa, la casa ubicada en X dirección por las características privilegiadas del lugar, siendo que en realidad la casa esta ubicada en Z dirección.

2.-DOLO INCIDENTAL.- Recae sobre otros aspectos y circunstancias, que hacen a un contratante, contratar sólo en condiciones menos favorables.

3.- DOLO BUENO.- Que son únicamente astucias que exageran las cualidades o el valor de una cosa.

Finalmente es importante el estudio del análisis de este vicio del consentimiento, porque es de gran utilidad en la práctica del litigante, sobre todo, porque es más fácil probar las maquinaciones y artificios que se emplearon, para que uno de los contratantes cayera en el error, pero sobre todo que una vez que estos hechos son probados jurídicamente, se puede hacer exigible el pago de daños y perjuicios.

LA LESION

El cuarto vicio del consentimiento, que consiste en aprovecharse de la ignorancia o de la situación difícil del contratante desviando en beneficio propio el equilibrio entre prestación y contraprestación, impidiendo que haya un libre consentimiento. No se trata de dolo ya que no hay error provocado o engaño; tampoco es intimidación porque no hay violencia física ni psicológica.

Como ya lo vine anotando, y en virtud de lo actualizado de los estudios que realizó el autor *Rojina Villegas Rafael*, en su obra *Teoría General de las Obligaciones* considerese pertinente en este caso, hacer algunas puntualizaciones respecto al tema de la lesión y que desde mi punto de vista, las más interesantes son las siguientes.

La lesión vista desde un sentido amplio, es el perjuicio que en un contrato conmutativo experimenta una parte que recibe una prestación muy inferior a la que ella a su vez proporciona a la otra parte. La lesión no invalida al contrato, pues como ya lo mencioné, es frecuente que en todos los contratos haya una parte que se aprovecha en cierto sentido de la otra además es casi imposible que las prestaciones sean siempre iguales.

Asimismo, la lesión vista desde el sentido estricto, es la causa de invalidez total o parcial de un contrato conmutativo, establecida en forma excepcional por el legislador aunque en el fondo, la lesión plantea al legislador, la oportunidad de salvaguardar la seguridad y la estabilidad de las transacciones, esto es evitar en cierto modo, la constante afluencia de demandas presentadas en el Tribunal respectivo, solicitando en base a estos supuestos, la nulidad de las múltiples actividades comerciales que día a día se celebran en todos los niveles y estratos sociales.

Igualmente, y como se ha venido desarrollando el presente trabajo, se hace necesario anotar la evolución que ha sufrido este concepto como vicio del consentimiento.

Primeramente, en la época romana, existen dos consideraciones importantes: una concepción objetiva de la lesión, esto es, atiende sólo a la cuantificación del perjuicio, independientemente de todo error y de toda violencia, y una limitación exclusivamente aplicable a determinado contrato y no a todos los contratos.

Ahora bien, tomando como antecedentes de la lesión a nuestros dos primeros códigos civiles, es decir el de 1870 y 1884, en estas dos disposiciones se estableció que la lesión no privaba de validez al contrato, tampoco lo anulaba, únicamente provocaba la rescisión del mismo.

Sin embargo, en nuestro actual Código basado en el Código Civil Alemán, considera a la lesión como un vicio del consentimiento desde dos perspectivas, el objetivo y el subjetivo y lo aplicaban a todos los contratos sin excepción.

Pese a estos antecedentes así como a los que se hacen mención en la exposición de motivos de nuestro actual Código Civil, se puede concluir que la única reglamentación precisa que existe de la lesión, es la que se señala en el artículo 17 de dicho ordenamiento jurídico, donde sobresalen los dos elementos que mencionaba (el objetivo y el subjetivo).

Para concluir, podemos establecer que la acción que podemos invocar para efecto de hacer valer la lesión, como vicio del consentimiento, es la acción de nulidad relativa, cuyo fin es la invalidación del contrato, aunque esta no siempre se produce, sino que en ocasiones sólo origina la reducción equitativa de la obligación a cargo del perjudicado.

Si es preciso mencionar, que el único facultado para hacer valer esta acción es la parte perjudicada, sin que puedan hacerla valer terceros, sin embargo esta acción tiene un carácter irrenunciable, por ser de interés público, asimismo no es susceptible de ratificación expresa ni tácita, esto es, que no podrá evadirse por el cumplimiento del contrato afectado de lesión.

La lesión según el autor Raúl Ortiz Urquidí, en su obra "El Derecho Civil Mexicano", puede llegar a sancionarse penalmente (artículo 386, fracción tercera del Código Penal), sin embargo en materia mercantil no existe esta figura de la lesión, en virtud de la constante inseguridad que existiría en las transacciones mercantiles.

Al respecto mi punto de vista es el siguiente: para los casos específicos que surjan en contratos de naturaleza mercantil, si es necesario hacer la distinción, acerca de qué ordenamientos abran de aplicarse, si bien los de índole civil o mercantil, sin embargo considero que a falta de disposición expresa en materia mercantil, respecto de la lesión, de suscitarse alguna controversia, y de acuerdo a la supletoriedad de las leyes, en este caso se aplicaría en calidad de supletorio el

código civil, así opino que si debía existir normatividad respecto de la lesión en materia mercantil, porque independientemente de que se genere una "inseguridad" como lo maneja así el autor en comentario, es indispensable que sea regulada, sobre todo por el tipo de transacciones que se llevan a cabo en la actualidad.

Asimismo, la lesión tampoco se puede hacer valer en contratos aleatorios como los que ya conocemos, ni tampoco en contratos a título gratuito como la donación, además aun en los contratos conmutativos, para que proceda la acción de nulidad por lesión es necesario que el perjuicio económico absorbido por la parte perjudicada, sea contemporáneo a la celebración del contrato, esto quiere decir, que no se podrá invocar la acción de nulidad basada en la lesión, si el menoscabo sufrido es extremadamente posterior a la fecha de celebración del contrato, porque se presumiría que el deterioro del patrimonio de quien la invoca, fue provocado por otras circunstancias

Para finalizar, mediante la acción de nulidad fundamentada en la lesión, se puede obtener la devolución recíproca de las respectivas prestaciones que es el efecto fundamental de las nulidades. Desde mi punto de vista, considero que no es ventajosa la opción que da el legislador, porque si bien es cierto que únicamente el perjudicado tiene derecho de hacerla valer, también lo es que si fuese deteriorado su pecunio, no existirá una equidad de contraprestaciones, por lo que no estará en una posición igual ante la otra parte, para el caso de la devolución de las prestaciones.

d.3 EL OBJETO

El tercer elemento de los contratos, en este tema no existen diversidad de clasificaciones únicamente sabemos que el objeto puede consistir en dar, hacer y no hacer.

Sin embargo se define como la conducta humana que puede manifestarse como una prestación (situación activa, móvil, dinámica) o como una abstención (situación pasiva, inmóvil estática). Asimismo y de acuerdo a lo manifestado anteriormente, puede clasificarse al objeto en : objeto directo, y objeto indirecto, el primero puede manifestarse como una prestación (dar, hacer o no hacer) y el segundo, es la cosa como contenido del dar.(18)

El principal vicio es la imposibilidad física o jurídica.

El derecho romano consideraba como vicio del objeto el exceso de vaguedad, el hecho de no ser valorable en dinero y la circunstancia de que el objeto tuviera repercusiones desfavorables o favorables en la posición jurídica de las personas que no habían intervenido en los negocios en cuestión.

El objeto puede ser jurídicamente imposible, por ser contrario a la letra de la ley a su espíritu o a las buenas costumbres o bien referirse a cosas fuera del comercio.

El objeto puede ser también físicamente imposible es decir, puede ser abstracto, aunque puede haber objetos concretos.

El objeto puede ser valorable en dinero, sino no podría existir acción para defender el derecho pues cuando surge el derecho clásico, la condena tenía por objeto una cantidad de dinero.

El objeto puede ser claramente determinado o determinable, una vaguedad excesiva hacia nulo el contrato, pero existía el caso de ser remediabiles las lagunas que surgieran, tal es el caso de la falta de especificación de la calidad del objeto. Finalmente el objeto no debe implicar el otorgamiento de derechos o la imposición de deberes a terceros.

(18) Zamora y Valencia Miguel Angel, "Contratos Civiles" Editorial Porrúa, pág. 28.

PLURALIDAD DE OBJETOS

En este punto es necesario tomar los conceptos que se vierten en las obligaciones alternativas, facultativas y conjuntivas.

En las obligaciones alternativas que consisten en una de varias prestaciones, entre las cuales el sujeto pasivo puede escoger, siempre, que no se haya convenido lo contrario.

También se puede estipular que un tercero haga la elección en cuyo caso estamos en presencia de un contrato sujeto a condición suspensiva, para que determine el objeto que deberá prestarse, sino lo hace queda sin efecto. (subsiste la obligación aunque el objeto se pierda por fuerza mayor).

En las obligaciones facultativas, existe un sólo objeto debido, pero se concede al deudor la facultad de liberarse cumpliendo con otro objeto. Esta obligación se invalida por la pérdida casual del objeto debido, aunque el otro objeto facultativamente previsto existiera todavía.

En las obligaciones conjuntivas encontramos varios objetos que deben cumplirse alternativamente. Antes de que se cumpla totalmente la obligación.

Por regla general se establece que todos los objetos deberán cumplirse simultáneamente.

Asimismo existen autores como Ernesto Gutierrez y Gonzalez, y Manuel Borja Soriano quienes establecen que el objeto directo e inmediato del contrato, es la creación o transmisión de obligaciones o derechos, sin embargo y vale la pena señalar, que en el Código Napoleónico, considerado como el de mayor influencia en nuestra legislación se menciona como objeto del contrato, lo que es propiamente el objeto de la obligación creada o transmitida por él. Este objeto indirecto del contrato puede ser la prestación de una cosa o la cosa misma, o bien la prestación de un hecho o el hecho mismo.

Sin embargo, y partiendo nuevamente de lo que al respecto establece el código civil en su acepción de contrato, puede no sólo crear o transmitir obligaciones, sino también crear o transmitir derechos reales, con excepción del derecho real de prenda, que requiere de la entrega de la cosa para su creación.

Para poder intentar establecer una concepción más clara de lo que es el objeto en los contratos, debemos analizar las diferentes acepciones que a este le han otorgado los tratadistas, empezando primero, por lo que sería el objeto-cosa.

OBJETO-COSA: se puntualiza que este debe existir en la naturaleza, ser determinado o determinable, en cuanto a su especie, y finalmente estar en el comercio.(19)

Esto quiere decir, que la cosa debe existir, toda vez que si esta parece antes de la celebración del contrato, o sale fuera del comercio, simplemente no existiría el contrato. Sin embargo, como siempre existe una excepción a la regla, las cosas futuras si pueden ser objeto del contrato, aquí podríamos manifestar que tal parece que existe una contradicción, porque primero se señala que si no existe la cosa, simplemente no existiría el contrato, y posteriormente se establece que las cosas futuras si pueden ser objeto de los contratos, -que, ¿ No estaríamos en el supuesto de que la cosa no existe en el momento de la celebración del contrato ?.

Tal vez podríamos manifestar que el legislador pretende hacer notar, que en el primer supuesto, la cosa existía pero feneció y, aunque según mi punto es imposible saber si efectivamente las cosas futuras se realizarán por demasiado cuidado y diligencia que se emplee para asegurar fehacientemente su realización.

Otra característica del objeto-cosa, es que esta deberá ser determinada o determinable, pero no sólo en cuanto al género se refiere sino que también deberá hacerlo en cuanto a la cantidad, y el derecho romano establecía que también debería serlo en cuanto a la especie.

(19) Sánchez Medel Ramón. "De los Contratos Civiles", editorial Porrúa

Asimismo, será necesario que el objeto-cosa exista dentro del comercio por lo que no pueden ser objeto del contrato: el estado civil de las personas ni los típicos ejemplos, citados por múltiples autores, como el hecho de pretender vender los bienes que constituyen el patrimonio de la Nación, sin embargo se señala que existen contratos traslativos de dominio que si se pueden celebrar sobre los bienes de dominio público, y que están por tanto fuera del comercio, como es el caso de los arrendamientos a particulares en zonas federales en las riveras de los ríos o playas, como por ejemplo concesiones para la construcción de carreteras, los centros turísticos ubicados en zonas que constitucionalmente son propiedad de la Nación.

Tampoco podrán ser objeto del contrato, los llamados "Derechos de la Personalidad"⁽²⁰⁾ ya que dentro de ellos se encuentran: la vida, la integridad corporal, sin embargo, aquí existe una situación un tanto cuanto ficta, toda vez que cuando se expresa la voluntad de una persona para donar sus órganos vitales, ya sea vivo o después de su muerte, ya no estaríamos dentro de los planteamientos generales, porque se configuraría un contrato que regulara dichas situaciones. También no podrán serlo los bienes sociales dentro de los que se incluyen: el honor, la intimidad personal, la imagen, el nombre, etc.

OBJETO-HECHO: Este puede ser positivo o negativo, pero además lícito y posible, asimismo debe ser natural y jurídicamente, al respecto en los hechos físicamente imposibles cabe diferenciar entre la imposibilidad objetiva o absoluta, de la imposibilidad subjetiva o ineptitud del deudor, ya que en este último caso, la prestación puede hacerse por otra persona en lugar del deudor.

Tampoco debe confundirse el hecho legalmente imposible con el hecho ilícito, ya que este último es el que contradice a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.

Para poder entender a lo que se refiere el legislador al señalar que no se deben afectar las buenas costumbres, es necesario indicar algunos conceptos de este tema:

(20) Gutiérrez y González Ernesto, Derecho de las Obligaciones, Editorial Porrúa

Según Ramón Sánchez Medal, por buenas costumbres debemos entender los conceptos morales en que se inspira nuestro actual derecho positivo y que coinciden con el común de las personas equilibradas, intelectual y emocionalmente maduras y de criterio sereno, o bien como la concepción ética que predomina en nuestro medio cultural y que informa nuestra legislación, por ejemplo la observancia de la monogamia y la fidelidad en el matrimonio y viceversa; constituyen actos reprobables o se califican como malas costumbres en mayor o menor grado el adulterio, el incesto, la prostitución, etc. así como la incitación directa o indirecta de dichos actos.

Al respecto, podemos comentar que el autor señala una multiplicidad de conceptos subjetivos, como lo son la madurez emocional, el equilibrio, la ética, etc., conceptos que se han pretendido unificar a través de los tiempos sin que a la fecha esto suceda, porque cada persona tiene su propio concepto de moralidad e inmoralidad; lo que para unos es moral para otros no lo es y viceversa, sin embargo únicamente para intentar precisar un poco acerca de lo que el legislador pretende transmitirnos con la inclusión de estas palabras en algunos cuantos preceptos, debemos concluir que las buenas costumbres dentro del Derecho Civil, hacen referencia a una vasta comprensión de las normas morales y no se limitan, como sucede en el derecho penal, a las relaciones sexuales. Por ejemplo, la inmoralidad para que cause nulidad del negocio, debe referirse a la situación que el negocio pretende crear, no es ilícito el negocio por el hecho de ser inmoral la situación que constituye el antecedente del acto mismo. Para el caso de los contratos, estos serán nulos cuando el motivo ilícito sea único y común en ambas partes.

Asimismo, es relevante indicar que papel juega el Estado en cuanto a libertad de contratar, podemos citar como ejemplo, los Contratos de Adhesión que impone el mismo Estado, sea para la prestación de un servicio o para cumplir una obligación, observamos como se ve limitada la libertad contractual en los aspectos esenciales del objeto de múltiples contratos.

d.4 LA CAUSA

El cuarto elemento de los contratos que con la evolución de la Teoría General de los Contratos se consideró que no era necesario en todos.

En los negocios abstractos la causa no jugaba ningún papel, si la forma exterior era perfecta, pero en los negocios causales una causa lícita era elemento esencial.

Hablar de una causa limpia, implicaría hablar de que detrás de cada negocio la motivación subjetiva individual, debe ser concordante con la ley y la moral.

En esta figura encontramos varias instituciones que pretenden estudiar la voluntad de las partes, entre ellas podemos señalar:

a) Fraude a la ley.

b) Simulación que se da cuando el motivo no coincide con el fin económico social del negocio que las partes parecen celebrar presentándose tres elementos:

- Un negocio fachada.
- Un pacto secreto simulatorio que resta entre las partes eficacia del negocio simulado.
- El negocio simulado, que representa lo que las partes en realidad han querido ser.

La simulación es una creación de las partes que sirve para engañar al fisco, al público en general o a un tercero.

Por otro lado el negocio imitado es una creación práctica jurídica general, una manifestación de la antigua economía de conceptos y no engaña a nadie.

La Teoría de la Causa en sentido objetivo es una de las raíces del enriquecimiento ilícito, así como el concepto de lesión.

En nuestro derecho positivo encontramos el fundamento de la causalidad en el artículo 1831 del Código Civil, mismo que a la letra dice:

" El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres ".

Asimismo, es necesario precisar, que la causa también es conocida como el motivo o fin que llevó a las partes a contratar, en tanto que la causa de una obligación contractual, es el motivo por el que en ese contrato, cada una de las partes aceptó obligarse a algo en favor de la otra parte.

En este sentido la causa de la obligación contractual, varía dependiendo el tipo de contrato a celebrarse. Los causalistas aclaran que no confunden la causa con el motivo, porque la causa es el fin inmediato y directo que lleva a cabo el que se obliga en tanto que el motivo es el fin remoto o lejano.

La causa es el fin jurídico abstracto de la obligación, mientras que el motivo es el fin concreto.

Por lógica, la causa siempre será idéntica en los contratos de la misma naturaleza, no así con el motivo, porque este podrá variar en cuantas formas, estilos, ideales, etc. existan.

Por otro lado, los causalistas mencionan que tampoco debe confundirse el objeto de la obligación con la causa, en virtud de que como ya quedó señalado, el objeto es lo que el deudor se obliga a realizar.

Asimismo, los anticausalistas establecen que la Teoría de la Causa es falsa, porque en los contratos sinalagmáticos las obligaciones de una parte nacen al mismo tiempo, no pudiendo una de esas obligaciones ser la causa y la otra el efecto, pues para ello debía una proceder de la otra. Igual sostienen que es inútil, porque la causa no es un elemento distinto e independiente de los otros elementos del contrato, ya que cuando todos los elementos del contrato existen, existe también la causa, y cuando esta falta, se hablará de un contrato imperfecto.(21)

(21) Ramón Sánchez Medal, Teoría General de los Contratos Civiles, Editorial Porrúa

El comentario personal que podría señalar, es el siguiente: si bien es cierto que en todo contrato debe existir un impulso psicológico que orille a las partes a realizar un acto jurídico, a mi criterio la Teoría de la Causa, no tiene fundamento básico, ni tampoco podrá ser regulada por nuestro derecho positivo, porque entonces y partiendo de los planteamientos generales a que se refiere dicha Teoría, necesitaríamos implantar un sistema jurídico que regule las motivaciones de cada una de las personas que pretendan contratar, y esto desde luego que resulta ilógico pero sobre todo fuera de cualquier práctica racional del derecho contemporáneo.

Otro autor de renombre, como lo es Bonnecasse, quien tampoco acepta abiertamente la Teoría Anticausalista, porque la identifica con el motivo o fin determinante que se tuvo para celebrar cualquier contrato.

Sin embargo, en el caso del objeto, queda claramente regulado por nuestro derecho positivo, al establecerse que el objeto debe ser lícito.

d.5 LA FORMA

El último y quinto elemento de los contratos, este elemento es esencial en el contrato romano.

En la actualidad es de gran utilidad porque proporciona medios probatorios seguros, crea la presunción de que los negocios jurídicos son válidos y señalan que clase de negocio es.

Asimismo, y debido a que es necesaria en la práctica jurídica, y con la facultad probatoria que la existencia de una forma representa, y que como consecuencia inmediata facilita la interpretación además de tener una mayor publicidad, así como uniformación de los actos jurídicos, pero sobre todo una seguridad para terceros, con todo esto se provocó el renacimiento del formalismo. Si bien los códigos modernos parecen consagrar el principio de la libertad de forma, estas disposiciones van siempre acompañadas de la salvedad de que la ley puede prever y de la necesidad de una forma determinada.

Así como señalamos las ventajas que tiene la existencia de un formalismo, es necesario mencionar que también existen situaciones conflictivas cuando no se observan los formalismos impuestos por la práctica jurídica, tales como:

- El uso de formas de las que exige el derecho civil para determinados negocios.
- También era posible que el acuerdo entre los interesados no tomara ninguna forma, más que la mera proposición de uno y la aceptación de otro.

Asimismo en este tema se hace necesario la puntualización de los llamados "Pactos" de los que podemos anotar los siguientes:

1.- PACTOS NUDOS .- Son aquellos que no producen una obligación, sino que originan una excepción o fuentes de acciones, asimismo engendran obligaciones naturales. En el derecho Justiniano, si no se producía una acción, cuando menos ofrecía una defensa al producir excepciones.

Los pactos que alcanzaron eficacia jurídica se clasificaron en: adyectos, pretorios y legítimos y se les denominó "Pactos Vestidos".

2.- PACTOS ADYECTOS.- Los contratos celebrados de buena fe, tenían eficacia procesal, por consiguiente, si se pretendía celebrar un pacto, este debía hacerse en el momento de la celebración del contrato principal.

3.- PACTOS PRETORIOS.- En estos el pretor concedía acciones y excepciones con fundamento en algunos pactos.

4.- PACTOS LEGÍTIMOS.- Dentro de esta clasificación encontramos los siguientes:

- La promesa de dotar.
- La promesa de donar.
- El convenio de someter pleitos futuros a la opinión de varios arbitros.

También a este respecto podemos agregar nuestro punto de vista actual de la aplicación de formas específicas para todos y cada uno de los actos jurídicos, por lo que haré las siguientes anotaciones:

Cuando la ley exige determinada forma para la celebración de un contrato, dicha formalidad por ende, es considerada como elemento de validez del propio contrato, ya que la omisión de esa formalidad exigida por la ley que hace el contrato en cuestión, pueda ser impugnado por nulidad relativa.

Asimismo, nuestro legislador establece como principio general, la consensualidad en la celebración de todos los contratos, (artículo 1832 y 1796 del Código Civil para el D.F.), y señala a la formalidad como excepción para la celebración de determinados contratos, por ejemplo, los contratos de arrendamiento, los de compraventa, etc.

Actualmente y como ya lo señalé anteriormente, las ventajas de que exista una formalidad en los contratos, primordialmente es la interés público para evitar los litigios, precisar las obligaciones asumidas por las partes y darle más seguridad a los bienes de mayor importancia, y sobre todo permite que los contratantes puedan hacer las modificaciones que en el momento de la celebración pudieran surgir.

Igualmente, nuestro Código Civil vigente, permite regularizar un contrato viciado por falta de forma, mediante la repetición del contrato una vez que se satisfagan todos los requisitos de ley, pero también mediante el cumplimiento voluntario de dicho contrato, aquí deja una enorme laguna el legislador, porque desde mi punto de vista, si no se regulariza conforme a derecho el referido contrato, cuando se presente controversia en caso de incumplimiento en alguna de las cláusulas, ésta no se podrá hacer valer con la plena seguridad de obtener un beneficio, en virtud de que ya de antemano existe un contrato viciado o bien que carece de uno de los elementos de validez.

También nuestra legislación permite la existencia de la acción "pro-forma", esto es, cuando el contrato no satisfaga los requisitos de forma, pero que la voluntad de las

partes se encuentre fehacientemente expresada, cualquiera de ellas puede exigir que el contrato se formalice conforme a los lineamientos que al respecto señale el código o la ley aplicable.(22).

Aunque es importante mencionar, los casos en que la ley no exige un formalismo para determinados actos, como es el caso de la celebración de contratos de un valor económico inferior.(23).

Finalmente, y como se anotó, la falta de forma en el contrato hace que este pueda ser invalidado, y mientras que no se cumplan dichos requisitos, no será válido, sin embargo la única acción que puede hacerse valer es la acción de nulidad relativa del contrato (artículo 2228), y no impide que dicho contrato produzca provisionalmente sus efectos hasta que se declare su nulidad (artículo 2227), esto propicia que cualquiera de las formas existentes para su cumplimiento, traiga como consecuencia que la acción de nulidad basada en este supuesto, se extinga.

Asimismo y de manera muy sencilla se define a la forma como la manera de exteriorizar el consentimiento en el contrato y comprende todos los signos sensibles que las partes convienen o la ley establece para lograr esa exteriorización. Por lo tanto, se puede considerar que la forma es parte integrante de la voluntad, por ser la manera de exteriorizarse.(24)

(22) Esta es una aplicación del Principio de la Conservación del Contrato, que se acoge también en otra parte como una regla general de la Teoría General del Contrato

(23) Los franceses les llamaban " Formalidades Habilitantes" a las autorizaciones judiciales que se requieren para celebrar un determinado contrato, como cuando se trata de que contraten entre sí los cónyuges cuando se trate de contratos en los que no se requiera que las partes sean consortes.

(24) Zamora y Valencia Miguel Angel, "Contratos Civiles", editorial Porrúa, pág. 29.

E) ELEMENTOS ACCIDENTALES DE LOS CONTRATOS.

En virtud de que estamos analizando los elementos esenciales que constituyen a los contratos en general, debemos también hacer un análisis de los elementos que concurren eventualmente en algunos contratos.

Estos elementos no pugnan con el carácter del contrato, pero son indispensables para que el contrato cumpla con su función. Las partes están en libertad de incluir estos elementos accidentales en el contrato, pero si no dicen nada, no se introducen automáticamente ya que son modalidades.

El derecho romano menciona varias figuras: la pena convencional, prenda, fianza, hipoteca, lugar esencial del cumplimiento, deudores adicionales y acreedores adicionales.

Dentro de estos elementos accidentales encontramos los siguientes que según Planiol, son los más importantes y sobre de los cuales se ha profundizado, mismos que mencionaremos brevemente:

e.1 LA CONDICION

Esta se define como un acontecimiento de realización incierta, del cual depende la entrada en vigor o la cancelación de los efectos del acto jurídico y se divide a su vez en condición suspensiva o resolutoria.

Durante el período clásico fue generalmente admitida y analizada pero ni los clásicos ni los justineanos admitieron la condición resolutoria que fue obra de los comentaristas. Sin embargo se estableció un supuesto, "si se anula el derecho del que concede, se anula el derecho del que recibe".

Asimismo las condiciones se clasifican en:

- **causales.**- si su realización resulta independiente de la voluntad de las partes.

- mixtas.- si la realización depende de la voluntad de la parte interesada y además de la voluntad de un tercero, o de la voluntad de la parte interesada y además de la intervención de la naturaleza.

Existen también las condiciones negativas, que consisten en hechos futuros e inciertos de carácter negativo, que a su vez pueden servir como condición suspensiva o resolutoria.

Asimismo, existen la *condictio iuris*, que aparece implícitamente en determinadas figuras jurídicas, son consideradas por el derecho positivo para que la voluntad de los sujetos surta efectos.

e.2 EL TERMINO

Es definido como "acontecimiento futuro pero de realización cierta, del cual depende la entrada en vigor o la cancelación de los efectos de un acto jurídico".

Este se clasifica en dos tipos:

- Término suspensivo.- cuando se establece un contrato con término suspensivo, se refiere a que los efectos de éste, empezarán a partir de determinada fecha.
- Término resolutorio.- también cuando éste se establece, quiere decir que los efectos que se produzcan en un contrato, serán cancelados hasta determinada fecha.

Durante el intervalo entre la celebración del contrato en cuestión y el cumplimiento del término, el adquirente de un derecho sujeto a un término suspensivo tenía una posición más firme, que el adquirente de una condición suspensiva, ya que el término, como ya lo mencioné es de realización cierta.

Actualmente, se añade el término en beneficio del deudor, pudiendo este renunciar, cumpliendo antes con la obligación.

e.3 EL MODO O CARGA

Este elemento accidental, es definido como un gravámen impuesto a actos de liberalidad, y antes de la época de Justineano, el modo tenía una sanción moral.

En la época post-clásica, Justineano autorizaba al Juez a utilizar medios de apremio para obtener el cumplimiento con el modo.

Respecto a este tema podemos anotar la siguiente definición:

" Es una carga accesoria impuesta por el autor de una liberalidad, al agraciado con ésta " (25)

Y en atención a la anterior definición, podemos señalar las siguientes características:

- a) Consiste en una carga.
- b) Es una carga accesoria.
- c) Es una carga impuesta en negocios jurídicos que entrañan una liberalidad.
- d) La carga es impuesta por el autor de la liberalidad.
- e) La carga se impone al agraciado con la liberalidad.

Desde mi punto de vista, el modo o carga, es una subespecie de obligación, en la carga hay sólo la obligación pero no el derecho. Además podemos decir, que el modo es de naturaleza totalmente diferente que la obligación, es decir, es una prestación accesoria.

Para el autor en comento, el modo sólo se concibe en las donaciones o en los contratos que a pesar de ser conmutativos, como ejemplo la compraventa, contengan una mezcla de liberalidad (vender a un precio inferior del precio real).

(25) Ortiz Urquidí Raul.- "Derecho Civil", Editorial Porrúa, págs. 526 a la 527.

Para otro autor como Gutierrez y Gonzalez, señala lo siguiente respecto al modo o carga: " el código no hace ninguna reglamentación especial de esta cláusula accidental, pero ello no significa que la desconozca y si bien es cierto que la menciona en todos los casos referentes a actos gratuitos, también es cierto que no tiene una norma que prohíba establecerla en actos onerosos " (26)

Igualmente el modo jamás puede tener otra fuente que no sea la voluntad, así por ejemplo la ley nunca podrá imponerlo, por lo tanto el modo nace siempre de una manifestación de voluntad particular, y estará siempre ligado a la aceptación de la liberalidad por parte del destinatario de ésta. Por ejemplo si no se acepta una donación o un legado, en consecuencia tampoco se aceptará el modo o carga establecido.

En nuestro derecho positivo, lo podemos encontrar en los artículos 1361, 1362, 1418, 2336, 2337, del Código Civil, por citar algunos.

F) CAUSAS DE TERMINACION DE LOS CONTRATOS

Según el autor, Ramón Sánchez Meda, manifiesta que el Contrato puede terminar por "frustración" o por "extinción" de sus efectos, es decir, que se frustra cuando no produce efectos a causa de hechos o circunstancias contemporáneas a la celebración del contrato. (27)

Mi punto de vista es que un contrato puede extinguirse o dejar de producir sus efectos a causa de hechos o circunstancias que sobrevengan es decir que sean posteriores a la celebración del contrato.

Tomando nuevamente el concepto vertido por el autor mencionado, podemos decir que un contrato no produce los efectos que se pretendían por las siguientes causas:

(26) Gutierrez y Gonzalez Ernesto, " Derecho de las Obligaciones ", Editorial Porrúa, pág 330.

- a) Cuando falta alguno de los elementos de existencia del contrato, que como ya lo vimos puede ser el consentimiento o el objeto.
- b) Cuando el contrato está afectado de nulidad absoluta, misma que se presenta si el contrato recae sobre un objeto imposible o ilícito como ya lo señale en el inciso respectivo, o en su caso si el fin o motivo determinante del contrato es ilícito. En estas circunstancias generalmente se produce la nulidad absoluta de los contratos.
- c) Otro ejemplo sería cuando falta la capacidad en alguna de las partes, o ha habido algún vicio del consentimiento, como son el error, el dolo, la violencia, mismos que ya fueron explicados en su oportunidad, en todos estos casos, el contrato produce sus efectos parcialmente, hasta en tanto no se deduzca la acción de nulidad, lo anterior tiene su fundamento en el artículo 2227 del Código Civil vigente.

Sin embargo en nuestro derecho, no podemos hablar de contratos nulos, toda vez que cuando se presentan las características necesarias para que exista esta nulidad, es necesario que la persona afectada lo haga valer ante el Tribunal Competente, es decir será necesario la declaración judicial respectiva.

Resumiendo, podemos señalar las siguientes causas de terminación de los contratos, apoyados en lo que al respecto menciona el autor en comentario.(28)

1. El agotamiento natural del contrato o en otras palabras, la ejecución total de las obligaciones estipuladas en el contenido del contrato, este sería el modo natural y más sencillo de terminar un contrato, al igual que el vencimiento del plazo en los contratos en los que éste se haya establecido.

(27) Ramón Sánchez Medel.- "De los Contratos Civiles", Editorial Porrúa, págs. 123 a 128.

(28) Idem.

2. El vencimiento del término, como podría ser el caso de los contratos de prestación de servicios en los que generalmente se establece el término, o en los contratos de arrendamiento que el mismo código civil señala dicho término. En estos la fijación del término es una cláusula esencial del mismo.

3. La muerte de uno de los contratantes, existen contratos en los que la ley establece como causa de terminación del contrato, la muerte de una de las partes, por ejemplo en el mandato. Sin embargo en otros tantos contratos, es potestativo de las partes el continuar o no con el mismo, como en el caso del contrato de obra a precio alzado, cuando muere el empresario. Otro sería el caso de que esta cláusula especial se haya incorporado en el contenido del contrato.

4. La incapacidad sobreviniente de una de las partes, citando nuevamente como ejemplo el mandato.

5. Por voluntad unilateral de una de las partes, esto se refiere cuando uno de los contratantes manifiesta su deseo de dar por terminado el contrato en virtud de no satisfacer los objetivos que se plantearon en el momento de la celebración del acto jurídico, pudiendo en su caso, la otra parte demandar la indemnización correspondiente por daños y perjuicios si así lo amerita el caso.

CAPITULO III

LA TEORIA GENERAL DE LOS CONTRATOS Y SU APLICACION A LOS CONTRATOS INFORMATICOS

A) CONVENIO Y CONTRATO

El código civil hace una distinción entre convenio y contrato, pues considera a éste la especie y a aquél el género, definiendo al convenio de la siguiente manera:

" Convenio.- es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir modificar o extinguir obligaciones"(29).

" Contrato.- son los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos "(30)

Respecto de esta distinción que se hace, no sólo en el ordenamiento señalado, sino también en la teoría, se encontró el primer antecedente en el código civil francés, que distingue la convención o acuerdo de voluntades, en tanto que el contrato lo considera como el acuerdo de voluntades para dar nacimiento a una obligación.

Sin embargo, no podemos hacer a un lado la definición que se establece en la ley acerca del contrato, toda vez que no sólo puede dar nacimiento a las obligaciones, sino que también puede crear o transmitir derechos reales, por lo que el contrato puede tener efectos obligatorios y efectos reales.

Considero que debe ser importante establecer, que debe preponderar la libertad de las partes para contratar porque de ese supuesto podemos partir para establecer lo que se conoce como la AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD, que en el contrato informático en ocasiones no existe, lo que se pretenderá demostrar más adelante.

(29) Artículo 1792 del Código Civil para el Distrito Federal.

(30) Artículo 1793 del Código Civil para el Distrito Federal.

Esta Autonomía de la Voluntad surgió durante el auge del Individualismo y del Liberalismo Económico del siglo pasado, al amparo de la Teoría del Contrato Social de Rousseau, en este contexto, la Teoría de la Autonomía de la Voluntad se reducía fundamentalmente a sostener, que salvo raras excepciones todas las obligaciones contractuales, nacían de la soberana voluntad de dos partes libres e iguales y por otro lado, concluía que eran justas todas las obligaciones creadas por dichas voluntades.(31)

Sin embargo, debemos destacar que en el caso que nos ocupa, respecto de las múltiples operaciones que se realizan mediante sistemas computacionales, estos principios respecto de la autonomía de la voluntad no operan, tal pudiera ser el caso también de los llamados contratos de adhesión, en donde no se lleva a cabo un verdadero acuerdo de voluntades entre los contratantes y se reduce a la aceptación total de las condiciones que establezca una de las partes, con lo que como podemos notar, y en virtud del creciente desarrollo tecnológico que impera a nivel mundial y en especial en nuestro país, la autonomía de la voluntad tiende a desaparecer.

En la actualidad y como lo señala el destacado autor Manuel Borja Soriano en su libro menciona que la autonomía de la voluntad no desaparece, sino que existen limitaciones a la misma, apareciendo la figura del llamado "Dirigismo Contractual" que tiende a hacer prevalecer los requerimientos de la sociedad sobre los intereses individuales, pero sólo en determinados contratos.(32)

B) ELEMENTOS DE EXISTENCIA Y VALIDEZ .

Aunque existen diversas clasificaciones acerca de cuantos o cuales son los elementos de los contratos la mayoría de los autores coinciden en que estos se clasifican en dos clases:

(31) Borja soriano Manuel "Teoría General de las Obligaciones", Editorial Porrúa, pág. 122

(32) Idem.

ELEMENTOS DE EXISTENCIA.- Que son el consentimiento y el objeto.

ELEMENTOS DE VALIDEZ.- Que a su vez se subdividen en capacidad, ausencia de vicios del consentimiento, forma en los casos exigidos por la ley y fin o motivo determinante y lícito.

LEGITIMACION.- Que no en todos los autores importantes la encontramos como elemento de los contratos.

Sin embargo y para efectos de poder situarnos dentro de los elementos a que nos referimos, considero necesario emplear el siguiente cuadro sinóptico.

EXISTENCIA: consentimiento y objeto.

VALIDEZ. capacidad, ausencia de vicios, forma y fin

C) LEGITIMACION

En cuanto a este punto podemos comentar que muchos autores no lo consideran como elemento de los contratos, toda vez que lo equiparan con la capacidad de los contratantes, aunque desde mi punto de vista y de acuerdo a la práctica en Tribunales, una persona puede tener capacidad para efectuar actos jurídicos, como los contratos, pero no puede estar legitimada ante los Tribunales para tratar de ejercitar alguna acción, es el caso de los Apoderados Legales o los Representantes Legales de las personas físicas o morales, quienes a parte de acreditar su capacidad, deberán acreditar estar legitimadas para actuar ante el Juzgado competente, toda vez que si no lo acreditan, en muchas ocasiones y dependiendo del criterio del Juzgado, sus actos son declarados nulos, sea relativa o absoluta dicha nulidad.

Sin embargo, y por la influencia que tienen en el código civil moderno también se hace mención a los siguientes elementos:

ELEMENTOS ESENCIALES: que son los requisitos o cláusulas sin los cuales un contrato determinado no podría existir.

ELEMENTOS NATURALES: que normalmente acompañan al contrato de que se trata por ser propios de su naturaleza, pero que por un pacto expreso en contrario, pueden no incluirse.

Como ya hemos anotado en el capítulo que antecede, los elementos de existencia en los contratos como son: el consentimiento, el objeto y de los requisitos de validez vimos la forma y el fin determinante, únicamente falta explicar lo referente a la capacidad y que por razones de importancia en virtud del objetivo primordial del presente trabajo, se ha dejado en último lugar para llevar a cabo su explicación, la cual iniciaremos de la siguiente manera.

D) LA CAPACIDAD

La capacidad es el primero de los elementos de validez de los contratos y que se refiere a la capacidad de ejercicio, conocida como la aptitud que otorga la ley a una persona para celebrar por sí misma un contrato, y que aquí se incluye la capacidad de goce, pero que aun cuando no se tenga la anterior, se puede llevar a cabo mediante un representante legal.

La capacidad de contratar, es una subespecie de la capacidad de ejercicio y que consiste en la aptitud reconocida por la ley a una persona para estipular por sí el contrato sin necesidad de sustitución o de asistencia de otras personas, carecen de tal aptitud legal los incapacitados, esto es, las personas con incapacidad natural y legal tales como: los menores de 18 años, los dementes, los sordomudos, los analfabetos, los ebrios consuetudinarios, los drogadictos (artículo 450 del código civil), sin embargo, debemos hacer notar, a los menores que como ya lo señalé anteriormente, no tienen capacidad de contratar directamente, sin embargo si lo pueden llevar a cabo mediante un representante o un tercero y otro caso más, es el de los menores que contratan respecto de ciertos bienes que han adquirido con el producto de su trabajo.

En este punto, el artículo 1798 del Código Civil establece la regla general referente a la capacidad para contratar, señalando que: "son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley".

Respecto de las personas que realicen actos jurídicos como los contratos, cuando estas no cuentan con capacidad de ejercicio, los actos que se realicen estarán invadidos de nulidad relativa, esto es que pueden ser susceptibles de convalidación o confirmación de las partes que intervinieron, o bien por prescripción del mencionado acto jurídico.

Finalmente es necesario contemplar algunas de las modalidades de este tipo de capacidad, por ejemplo, cuando interviene un tercero en el contrato.

Siendo importante destacar que dependerá de la función que este tercero realice, de como se vera afectado el acto jurídico celebrado, es decir, si interviene como mediador, ni el nuncio necesitan tener capacidad para contratar, sin embargo las partes a las cuales por decirlo así representan, sí tienen que serlo para que el contrato sea válido. En el caso del representante, es necesario que tanto este como su representado sean capaces, porque es el representante quien manifiesta su voluntad, la cual produce sus efectos jurídicos con relación al representado.

Hay otro caso en los que se ve afectada la capacidad de ejercicio de los contratantes, como es el caso de la formalidad que deben observar los que intervienen que aunque son capaces, necesitan la autorización de la autoridad judicial o administrativa, para la celebración de determinado contrato. La falta de esta autorización sea judicial o administrativa, hace que el contrato este afectado de nulidad relativa, ya que el contrato produce sus efectos hasta que se pronuncie su nulidad, y sobre todo, el contrato en cuestión puede ser invalidado posteriormente a través de la expedición de la autorización correspondiente.

Otro caso respecto de la capacidad de ejercicio, es la legitimación, señalando que es la aptitud reconocida por la ley en una determinada persona para que pueda ser

parte de un contrato determinado este aspecto es muy importante, ya que la falta de legitimación para contratar, produce en el contrato nulidad absoluta, porque las normas que privan de legitimación a determinadas personas en relación con ciertos contratos, son verdaderas normas prohibitivas.

Existe en nuestro derecho moderno la llamada incapacidad de goce que se refiere a la situación de una persona que no puede celebrar actos jurídicos, ni por sí ni por medio de representante; por ejemplo, los mandatarios, los representantes, los corredores y los empleados públicos no pueden comprar los bienes de cuya venta o administración están encargados, los tutores no pueden comprar ni tomar en arrendamiento los bienes de sus pupilos, los extranjeros no pueden comprar ni adquirir por contrato los bienes inmuebles ubicados en las fronteras o en las costas, los magistrados, los jueces y demás empleados públicos no pueden tomar en arrendamiento los bienes que se detallan en los negocios que intervengan.

E) FORMAS DE INTERPRETACION DEL CONTRATO

En este tema encontraremos que existen una diversidad de normas para la interpretación de todo acto jurídico, que no necesariamente se aplican a los contratos, sin embargo, en este punto podemos distinguir que las normas que podríamos exceptuar de la generalidad, son aquellas de carácter subjetivo, esto es, aquellas que nos auxilien en la indagación de las situaciones que llevaron a las partes a contratar, mencionando que existen dos tipos: las primeras, que son las que nos ayudan a saber la intención de las partes, y las segundas, que nos apoyan para resolver las dudas o las lagunas que existen en todo acto jurídico.

Concretizando, la interpretación subjetiva que de los contratos se pueda hacer, únicamente tiene como finalidad, tratar de establecer a través de un estudio profundo, cual fue la intención que llevó a las partes a celebrar un contrato, que a

mi criterio dicho estudio resulta poco práctico, toda vez que no se puede llegar a conclusiones generales en virtud de que intervienen muchos factores en la exteriorización de la voluntad entre los contratantes, por ejemplo: un factor subjetivo, la necesidad de utilizar determinado bien, sea mueble o inmueble, situación que se presenta en el contrato de compraventa.

Respecto a la interpretación objetiva, podemos puntualizar que esta se emplea con el fin de desaparecer o eliminar cualquier laguna o carencia que exista en el clausulado del contrato.(33)

F) CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS

Este tema sin duda alguna es uno de los más extensos, en virtud de las múltiples clasificaciones que los muy diversos autores han elaborado, casi podríamos decir que existen tantas como autores existen, sin embargo, trataremos de generalizar en dichas clasificaciones tratando de abarcar aquellas que contemplen un máximo de generalidades, aunque sin duda alguna no podemos dejar a un lado la clasificación que nuestro código civil, por simplista que esta sea, ya que es bien sabido únicamente clasifica a los contratos en:(34)

"UNILATERALES.- Cuando una sola de las partes se obliga hacia la otra sin que esta le quede obligada " y,

"BILATERALES.- Cuando las partes se obligan recíprocamente ".

(33) Según Mesineo, puede considerarse como una importante aplicación a la siguiente regla: " Si alguna cláusula de los contratos admitiera diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca sus efectos".

(34) Artículos 1835, 1836, 1837 y 1838 del Código Civil vigente para el D.F

Aquí se debe hacer notar una distinción entre los contratos bilaterales en sentido amplio y los sinalagmáticos bilaterales, los primeros cuando sencillamente una y la otra parte se obligan, y los segundos las obligaciones que nacen a cargo de una y otra parte tienen entre sí una interdependencia recíproca

" ONEROSOS.- Cuando se estipulan provechos y gravámenes recíprocos".

Aquí existe una subdivisión:

" CONMUTATIVOS.- Cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause éste " y,

" ALEATORIO .- cuando la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que hace que no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida, sino hasta que ese acontecimiento se realice ".

Ahora bien, una vez que ya quedó anotada la clasificación más genérica , que es la que señala el código civil, iniciaremos por anotar una de las más completas y sencillas que podemos emplear en este capítulo, toda vez que no se pretende profundizar en cada una de ellas.(35)

a) CONTRATOS NOMINADOS.- sencillamente son aquellos que se encuentran contemplados por el código civil, existiendo una regulación expresa para cada uno de ellos, por ejemplo: la compraventa, la permuta, el arrendamiento, etc.

b) CONTRATOS INNOMINADOS.- aquellos que no cuentan con una regulación expresa en el código civil y que se rigen únicamente por el clausulado que determinan las partes que en el intervienen, asimismo en caso de controversia, su interpretación se hará siguiendo los principios generales que rigen a todos los contratos. Como este tipo de contratos es el que nos ocupa, en virtud de que los contratos informáticos no tienen una regulación expresa en nuestro código civil, ni tampoco existen leyes análogas que podamos utilizar para su interpretación en caso de controversia, por lo que más adelante se analizarán más a detalle.

(35) Rojina Villegas Rafael, "El Derecho Civil Mexicano", editorial Porrúa, págs. 11-37

c) **CONTRATOS CONSENSUALES.**- son todos aquellos que no necesitan de una forma específica o perfectamente establecida por nuestra legislación, este tipo de contratos, desde mi punto de vista, considero que han caído en desuso en virtud de que en la actualidad ya existen los llamados "machotes" que son esqueletos de los contratos más comunes y cuya utilidad práctica, los pone al alcance de una gran mayoría.

d) **CONTRATOS FORMALES.**- son aquellos que la misma legislación determina la forma que habrán de satisfacer para su validez jurídica, y que desde mi punto de vista, no existe un contrato que se apege en su totalidad a lo establecido en el código, toda vez que dependerá de la voluntad que las partes quieran plasmar en dicho instrumento jurídico.

e) **CONTRATOS REALES.**- aquí tomamos la definición romana, que establece que estos contratos, son aquellos que se perfeccionan con la entrega de la cosa y los típicos ejemplos: la compraventa y la prenda.

f) **CONTRATOS CIVILES.**- que son todos aquellos que su regulación se basa en los preceptos que establece el código civil.

h) **CONTRATOS MERCANTILES.**- que son aquellos que su regulación se encuentra expresa en el código de comercio, existiendo importantes diferencias entre estos y los civiles, por ejemplo: los actos que se regulan, son actos de comercio que se encuentran perfectamente señalados en el artículo 75 del Código de Comercio, asimismo, en este contrato no existe la lesión, como vicio del consentimiento, por citar algunos ejemplos.

CLASIFICACIÓN DIDÁCTICA⁽³⁸⁾

a) **CONTRATOS TRASLATIVOS DE DOMINIO.**- compraventa, permuta donación y mutuo, por citar los principales ejemplos.

(38) Zamora y Valencia Miguel Angel, "Contratos Civiles", Editorial Porrúa

- b) **CONTRATOS TRASLATIVOS DE USO Y DISFRUTE.-** arrendamiento y comodato.
- c) **CONTRATOS DE PRESTACION DE SERVICIOS O DE GESTION.-** Prestación de servicios profesionales, contrato de obra a precio alzado, transporte y mandato.
- d) **CONTRATOS ASOCIATIVOS O DE GESTION COLECTIVA.-** asociación civil, sociedad civil, aparcería y sociedad conyugal.
- e) **CONTRATOS DE CUSTODIA.-** depósito, incluyendo el secuestro y el hospedaje.
- f) **CONTRATOS ALEATORIOS O DE SUERTE.-** juego y apuesta, renta vitalicia, compra de esperanza y decisión por suerte.
- g) **CONTRATOS DE GARANTIA.-** prenda, fianza, hipoteca y promesa.
- h) **CONTRATOS DE AFIRMACION Y ESCLARECIMIENTO DE DERECHOS.-** transacción y compromiso arbitral.

CONTRATOS INNOMINADOS O ATIPICOS

Este tipo de contratos cuya explicación quedó al final de este capítulo, con la finalidad de poder incluir a los contratos informáticos dentro de esta clasificación, sin embargo es importante mencionar su definición general tratando de abarcar los conceptos de los principales autores que hemos venido citando a lo largo del presente trabajo.

Los contratos innominados son aquellos que no son contemplados en la legislación civil, es decir que no están reglamentados y que únicamente se estudian detalladamente en teoría por algunos autores.

Asimismo, en estos contratos no existen normas legales que disciplinen su contenido, el cual puede llenarse o modelarse libremente por la voluntad de las partes, ejercitando su libertad contractual. Sin embargo, aquí nos enfrentamos a un grave problema, que es el de como llenar las lagunas dejadas por las estipulaciones que las partes accidentalmente hayan omitido o bien que la omisión haya sido con dolo, y considero que si es un grave problema porque en ocasiones las normas de aplicación supletoria no satisfacen o no solucionan el problema que se presenta ante dichas omisiones.

Hay autores que señalan que los contratos atípicos son aquellos que carecen de nombre propio y en ocasiones se confunden con los contratos múltiples o uniones de contratos, en los que no hay un contrato único con efectos complejos, sino que en realidad se trata de varios contratos diferentes

Igualmente, y con la constante evolución que nuestro derecho positivo presenta, así también los tratadistas avanzan en sus conceptos teóricos, por lo que anteriormente sólo nos conformábamos con la simple definición de los contratos innominados que ya se citó, sin embargo en la actualidad ya existen especies de dichos contratos, tales son:

- 1.- Contratos innominados en sentido estricto o contratos innominados puros, que comprenden los que tienen un contenido completamente extraño a los tipos legales (ejemplo: el contrato estimatorio).
- 2.- Contratos mixtos o complejos, en los que todos los elementos de su contenido, son de tipos legales pero en combinaciones diversas.
- 3.- Contratos gemelos o combinados, cuando la prestación de una parte corresponde a varios contratos típicos y la contraprestación de la contraparte corresponde a otro contrato típico único.
- 4.- Contratos de doble tipo o híbridos, cuando el total del contrato encaja en dos tipos diferentes, por ejemplo un contrato de uso con uno de prestación de servicios.

En este tipo de contratos encontramos como elementos esenciales de carácter personal, únicamente requieren de la capacidad legal para contratar. Elementos formales, puede decirse que son contratos consensuales o informales, pues no se exige para su celebración, alguna forma en especial, en virtud de que no existe legislación expresa al respecto, sin embargo, aquí existe una salvedad, ya que cuando en el contrato innominado existe la traslación de la propiedad de derechos reales sobre bienes inmuebles, debe incluirse en el contrato las formalidades señaladas para tales casos (por ejemplo inscribirse en el Registro Público de la Propiedad y el Comercio).

Uno de los principales problemas a que nos enfrentamos con este tipo de contratos, es la falta de legislación expresa para los casos de omisiones o lagunas en el contenido de los mismos, y en tal virtud el legislador a través de diferentes jurisprudencias ha establecido que para tales casos, deberán aplicarse los principios generales del contrato y estar a lo mencionado por las partes en el contenido de los mismos.

Sin embargo, la solución que se señala por medio de los legisladores, no es del todo satisfactoria toda vez que si se nos presenta un caso de controversia entre las partes para el cumplimiento del contrato, no podríamos aplicar lo expresado por dichas partes en el contrato, en virtud de la controversia suscitada, asimismo, qué norma aplicaríamos en el caso de que no existiera el principio general del contrato, para esta problemática, se proponen dos soluciones, una de ellas es que en los casos de contratos innominados puros cabe la aplicación analógica, a través de las normas del contrato típico con el que el contrato innominado puro tenga más analogía y para los casos de contratos innominados mixtos, no sería posible la aplicación análoga, sino la aplicación directa de los normas específicas de los distintos contratos típicos que conforman al contrato innominado mixto.

Ahora bien, y ante la problemática que señalamos anteriormente existen en teoría dos métodos importantes para la interpretación de dichos contratos, estos son los siguientes:(37)

a) Método de absorción, en el que deberán aplicarse las normas del contrato típico a que corresponden las prestaciones de mayor trascendencia para las partes, existiendo como único inconveniente, el de quien determinará el valor de dichas prestaciones.

b) Método de la combinación, en el cual deberán clasificarse primeramente las normas de los contratos típicos que conforman al contrato innominado mixto y una vez hecho esto, aplicar aquellas que se apeguen más a cada uno de los problemas que se presenten.

Sin embargo estos dos métodos no son muy aplicables en virtud de que siempre será necesario que alguien determine la importancia de aplicar o una u otra norma, así como concretizar acerca de cuales normas de los contratos típicos son las que más se apegan a nuestro contrato innominado.

Como conclusión podemos establecer, que para toda clase de controversia que se presente en cuanto a la interpretación de los contratos, sean típicos o atípicos puros o mixtos, debemos recurrir a lo que la legislación expresamente señala, esto es recurrir a las reglas generales de los contratos, que se señalan en la Teoría General de los Contratos, después atender a lo que las partes expresaron en dicho contrato y finalmente al método de la analogía.

CAPITULO IV

LOS CONTRATOS INFORMATICOS

Antes de iniciar el presente capítulo, es necesario mencionar muy brevemente algunos conceptos nuevos en nuestra materia, como los son el del Derecho Informático. Menciono las palabras "conceptos nuevos" un tanto cuanto en sentido figurado toda vez que la informática, la robótica, la computación son preceptos que en la actualidad forman parte de la vida común de las personas, que aun cuando en sus inicios la gente no creía en los importantes logros y las ventajas comerciales que con su aplicación se obtendrían, y que sin duda alguna, los creadores de todo este complejo computacional que actualmente existe, jamás se imaginaron las repercusiones y los niveles que alcanzarían.

Es impresionante la evolución de dicho fenómeno, a tal grado que hoy en día se habla de una verdadera revolución informática como liberadora de las enormes cargas intelectuales en los individuos, así como anteriormente se presentó una revolución industrial en la que la liberación se presentó en los trabajos y rutinas de orden físico.

La informatización de la sociedad está en plano ascendente, y por el momento nadie conoce los niveles que pueda llegar a alcanzar.

Por lo anterior, es importante mencionar los conceptos fundamentales que deberán utilizarse en el presente trabajo, tales como el Derecho Informático, para lo cual iniciaremos anotando los antecedentes históricos del mismo.

A) GENERALIDADES

El derecho informático, como una nueva rama del conocimiento jurídico, es una disciplina en continuo desarrollo, teniendo escasos antecedentes históricos uno de ellos es el autor Norbet Wiener quien manifiesta la influencia que ejerce la cibernéti-

ca respecto a los fenómenos sociales que se suscitan en el ámbito jurídico. Otro de los autores es Lee Loeninger, quien fue más audaz al mencionar: " El próximo paso adelante en el camino del progreso del hombre, debe ser el de la transición de la Teoría General del Derecho, hacia la Jurimetría, que es la investigación científica acerca de los problemas jurídicos ".(38)

Podemos decir que el derecho informático es una rama de las ciencias jurídicas que contempla a la informática tanto como instrumento como objeto de estudio, y este a su vez se compone de la informática jurídica y del derecho de la informática.

La informática jurídica es el conjunto de aplicaciones de la informática (que es la ciencia del tratamiento lógico y automático de la información), en el ámbito del derecho.(39)

Esta ciencia nace propiamente en Estados Unidos en el año de 1959, y como consecuencia de la evolución de ese país, la informática ha ido cambiando al mismo ritmo.

Si bien resulta difícil dar una definición de la informática jurídica, como siempre sucede con las ciencias que nacen hace escasos cuarenta años, podemos decir que en términos generales, que es la utilización de las computadoras en el ámbito jurídico.

Desde hace veinte años la informática jurídica ha permitido un mejor conocimiento de los fenómenos jurídicos, por lo que muchos juristas, han encontrado en la computadora un instrumento eficaz para el mejor desarrollo de sus actividades.

Clasificación

Podemos clasificar dicha ciencia de la siguiente manera, tomando en consideración los campos o las áreas en que mayormente se emplea.

(38) Talléz Valdes Julio, "Contratos Informáticos", Editorial U.N.A.M., pág. 17

(39) Idem.

- 1- Informática jurídica documentaria, que se emplea en el almacenamiento y recuperación de textos jurídicos.
- 2.- Informática jurídica de control y gestión, empleada principalmente en actividades jurídico-adjetivas.
- 3.- Informática jurídica metadocumentaria que generalmente se ocupa en los sistemas de educación, investigación, redacción y previsión del derecho.

Esta subdivisión que señalo es la más global que hoy en día existe, sin embargo como no son temas fundamentales del presente trabajo, únicamente se explicará de forma muy somera, el sistema de jurídica documentaria, en virtud de que en nuestro sistema jurídico, tiene una aplicación constante.

En este sistema se trata de crear un banco de datos jurídicos relativo a cualquiera de las fuentes del derecho, con excepción de la costumbre; mismo que se ocupa principalmente en centros de trabajo que manejan información en grandes proporciones, por ejemplo, en México, este sistema se aplica principalmente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para el almacenamiento de la Jurisprudencia, otro ejemplo sería el de la aleatoriedad mediante sistemas computacionales que se emplea para clasificar los números de los juzgados sean, civiles, familiares o de arrendamiento, dicho sistema se ocupa en el Tribunal Superior de Justicia de la Nación y que resulta hasta cierto punto práctico en virtud de las cantidades tan considerables de demandas que ingresan a diario.

Otro de los conceptos nuevos que mencione en la introducción del presente capítulo, y que se hace necesario señalar, es sin duda alguna el de Derecho de la Informática, que es el conjunto de leyes, normas y principios aplicables a los hechos y actos derivados de la informática.(40)

(40) Telléz Valdes Julio. "contratos Informáticos", Editorial U.N.A.M., pág. 17.

Tratando de desglosar un poco la definición que señala el autor, podemos decir que se refiere a un conjunto de leyes, porque aunque son pocos los ordenamientos que existen, principalmente en otros países, referentes al Derecho Informático, se deben considerar. Ahora bien, en cuanto a las normas estas en conjunto son las que sirven para tratar de unificar a nivel internacional, los ordenamientos jurídicos que deben aplicarse en todo el mundo y, finalmente en lo referente a los principios que son todas aquellas opiniones emitidas por los estudiosos del derecho que se avocan al estudio del tema.

Como este tema es de reciente creación, no podemos citar las mismas fuentes del derecho, en virtud de que en la ciencia informática únicamente existe la legislación que cada país emite para sus propios miembros, así que no podemos citar que por ejemplo en nuestro país, exista jurisprudencia o doctrina sobre el particular.

Todos estos contratiempos, hacen un tanto cuanto difícil la presente investigación, toda vez que aun cuando existe toda una gama de antecedentes jurídicos en todos los niveles del derecho, precisamente en este tema, no contamos con suficiente información, sin embargo, y uno de los principales objetivos del presente trabajo, como lo he venido repitiendo, es tratar de establecer un régimen jurídico aplicable para cada uno de los casos que se presenten en un futuro no muy lejano.

Una de las aportaciones que se podrían presentar, sería que se creara una legislación informática, que protegiera por ejemplo, bienes informacionales, tales como el software, en virtud de la importancia económico-patrimonial que estos sistemas significan, otra forma de aplicar esta legislación sería para proteger datos personales, tal es el caso de la información que maneja el Padrón Federal Electoral, ya que por ejemplo, se presume que toda esa información es de carácter confidencial, y qué pasaría si se diera el caso de que se filtrara esa información, en virtud de lo fácil que resulta poder introducirse a esos sistemas y copiar esa información, creemos que sería un gravísimo problema, y sin embargo pese a esta situación que podría suscitarse, en nuestro derecho positivo no existe legislación al respecto, únicamente aplicaría una norma supletoria o en su caso se trataría de tipificar algún delito.

Otro ámbito de aplicación sería el de proteger el flujo de datos transfronterizos y que en la actualidad, en virtud del Tratado de Libre Comercio, se hace importante tener resguardada toda la información que se maneja en las respectivas embajadas de cada país miembro.

También podemos anotar la protección a los programas computacionales, siendo éste uno de los objetivos del presente trabajo, se dejará su explicación para el momento oportuno. Al igual que la ergonomía informática, que se refiere a los problemas laborales suscitados por la informatización de actividades.

Un aspecto importante, principalmente para los litigantes, es que se actualicen constantemente con el tema, en virtud de que los soportes modernos de información pudieran llegar a constituirse como medios de prueba y con ello obtener un nuevo valor probatorio.

B) DEFINICION

Pues bien, hechas las anotaciones anteriores con el objeto de familiarizarnos con los conceptos que aquí se emplearán, iniciaremos con el tema de los contratos informáticos.

En nuestra sociedad existen un sin numero de centros informáticos dedicados al estudio y elaboración de programas computacionales, por lo que se hace necesario establecer un régimen jurídico para todas y cada una de las actividades que ahí se desarrollan, principalmente respecto de los bienes y servicios informáticos, que es lo que se conoce como **CONTRATOS INFORMATICOS**.

A estos contratos los definen de la siguiente forma:

" Por contratos informáticos podemos entender todo acuerdo de partes en virtud del cual se crean, conservan, modifican o extinguen obligaciones relativas a los sistemas, subsistemas o elementos destinados al tratamiento sistematizado de la información ". (41)

Sin embargo, la definición que yo aportaría sería la siguiente:

El contrato informático, es el acuerdo de voluntades entre varias partes, sean personas físicas o morales, para efecto de crear, modificar o extinguir obligaciones respecto de todos aquellos bienes que se empleen para la sistematización de la información, asimismo para la protección de los derechos autorales de quienes los crean .

Me atrevo a incluir la protección de los derechos de autor, en virtud de que no sólo se emplean bienes materiales, sino también las múltiples creaciones que los estudiosos de estos sistemas realizan constantemente, y que en la mayoría de los casos, son pirateados por infinidad de usuarios, restandole con ello las ganancias para los cuales fueron creados.

Para establecer la definición que señala el autor en cuestión, se emplearon criterios básicos como el funcional en el que las prestaciones se relacionan con el tratamiento sistematizado de la información y el estructural en el que las prestaciones se relacionan con el equipo físico, el soporte lógico, la organización, la información, los suministros, la interacción con el medio ambiente y los elementos o relaciones que integran los sistemas.

En la actualidad, son tan importantes y especiales y hasta podríamos decir, fundamentales los contratos informáticos que las grandes empresas norteamericanas en su calidad de proveedoras, cuentan con áreas específicas integradas por equipos de profesionistas como contadores, programadores y abogados para la redacción y negociación de los contratos, sin embargo, en México no contamos con nada de esto.

(41) Téllez Valdes Julio, "Contratos Informáticos", Editorial U.N.A.M., pág. 17.

Lo importante de iniciarse en esta etapa computacional, es antes que nada saber redactar dichos contratos, es decir saber que elementos debemos anotar y cuales no, asimismo, se debe precisar su contenido a fin de evitar sorpresas desagradables, éstos deben ser explícitos y precisos señalando el objeto, que se entiende como la creación y transmisión de derechos y obligaciones respecto de los bienes y servicios informáticos, la duración, las causas de rescisión, el precio, el pago, las garantías, responsabilidades de las partes, así como las disposiciones generales.

Por la naturaleza de estos contratos, uno de los elementos más importantes son las garantías, que se clasifican en: garantías de conformidad en virtud de las cuales el proveedor se compromete a entregar al usuario aquello previsto en el contrato en los términos pactados, otras son las garantías de buen funcionamiento, en las cuales el proveedor se constriñe a mantener funcionando el equipo en forma adecuada durante un cierto tiempo; otra es la garantía contra vicios, en la cual se obliga al proveedor a una acción de saneamiento en caso de aparición de vicios ocultos y finalmente la garantía para el caso de evicción, la cual se refiere a la obligación del proveedor a responder contra toda reivindicación por parte de terceros respecto a la propiedad industrial o intelectual de los materiales y/o programas provistos al usuario.

C) CLASIFICACION

Los principales contratos informáticos asimilables dentro de las categorías jurídico-contractuales son los siguientes: compraventa, arrendamiento puro y arrendamiento con opción a compra (leasing) y los de prestación de servicios.

Como lo mencioné en el inicio del capítulo anterior, la importancia de señalar los lineamientos básicos de la Teoría General de las Obligaciones así como de la Teoría General de los Contratos, es porque precisamente en este subtema habrán de aplicarse dichos lineamientos, asimismo deben tomarse los principios fundamentales para la interpretación de los contratos en general en los casos de presentarse controversia es por eso la importancia de haber hecho mención de manera breve de la clasificación de los contratos y de las características de cada uno de ellos.

COMPRAVENTA

Iniciaremos con el más común de los contratos pero el más complicado en virtud de las múltiples facetas que en la actualidad se le da a este contrato y en especial enfocado a la informática jurídica.

Este contrato partiendo de la definición que señala el código civil, diremos que es el contrato mediante el cual uno de los contratantes se obliga a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho y el otro a su vez se obliga a pagar por ellos un precio cierto y en dinero. (42)

Y en el caso de los contratos de compraventa informáticos, se refiere específicamente a los equipos y suministros, lo que los hace más complejos que los que señala el código, por las características que a continuación se explicaran.

En los contratos informáticos de compraventa, se debe establecer en primer término que el proveedor venderá al usuario el material de acuerdo con los planes de contratación ofrecidos, debiendo incluirse una relación de las máquinas que integren el centro de cómputo materia de la compraventa, indicando asimismo el modelo, descripción, cantidad, precio de compra y cargo mensual para los casos de ser el mismo proveedor el que preste los servicios de mantenimiento.

Se deberá asentar en el contrato la fecha de entrega del equipo de cómputo, así como el lugar y las condiciones de entrega.

Los pagos deberán hacerse de conformidad con el plan de contratación específico establecido en el contrato y ningún cargo comenzará a surtir efecto hasta que haya sido aceptado el sistema de cómputo y demás productos amparados por el contrato.

Es importante que se establezca en el contrato el momento en que el usuario adquiere la propiedad, por otra parte podrá señalarse la existencia de un período de prueba del equipo o de las instalaciones mencionándose también el tiempo que abarcará dicho período y que generalmente no excede de treinta días naturales, y si después de este período se concede uno más por igual término, y no se alcanza el nivel de productividad o la satisfacción de los objetivos que se establecieron en el estudio previo de las necesidades de la empresa, el usuario podrá solicitar el reemplazo total del equipo o de alguno de los componentes del mismo, aunque considero que en este caso, si se solicita el reemplazo, será de todo el equipo no sólo de uno de los componentes, porque lo que hace que no se alcancen los niveles de eficacia deseados, será por deficiencia en conjunto del equipo.

Como ya lo mencioné anteriormente, el proveedor deberá garantizar el buen funcionamiento del equipo y que éstos no tendrán ningún defecto, igualmente deberá garantizar que surtirá las refacciones y accesorios que necesite durante el tiempo de contratación del sistema, así como toda la información técnica que el usuario pudiere necesitar durante la ocupación del equipo o de los sistemas que emplee.

(42) Artículo 2248 del Código Civil vigente para el D.F.

En este contrato de compraventa informático, aparte de las cláusulas naturales e inherentes a él, es importante que se mencione una cláusula de responsabilidad penal, para los casos en que se viole la información que maneje el usuario, esto es proteger los derechos de autor o en materia de patentes, siendo ésta una de las principales obligaciones del proveedor inclusive se debe señalar el monto o porcentaje que deberá pagarse para el caso de indemnización por daños y perjuicios.

También se dan casos en que a los usuarios les conviene más adquirir equipos en otros países, por lo avanzado de la tecnología que emplean y por los bajos costos que ellos les representan, en tales circunstancias, deberá darse cumplimiento a lo establecido en el artículo 33 de la Ley de Nacionalidad y Naturalización, teniendo la obligación de pagar los impuestos que se generen por tales adquisiciones, de conformidad con lo establecido en las leyes para tales casos. (43)

Para concluir, podemos decir que los contratos de compraventa informáticos, son tan complejos como lo sean las necesidades de las empresas o de los usuarios, es decir, dependiendo de la cantidad de equipos o sistemas que pretendan adquirir, será necesario incluir en su clausulado las descripciones de los equipos, el monto de la compraventa detallando los precios unitarios, el lugar donde habrá de instalarse el equipo, si la compra incluye capacitación técnica para los usuarios o si no, si incluye refacciones y accesorios, o se establecerá un precio adicional para cada uno de ellos, deberán anotarse las causas de rescisión o en su caso, si el comprador no esta de acuerdo con sólo uno de los componentes que integran su equipo y podrá devolverlo o reemplazarlo, también y como lo he venido señalando, la importante cláusula de responsabilidad penal para los casos previstos, así como el porcentaje que deberá pagarse a la parte compradora por concepto de indemnización por daños y perjuicios, y algo que sin duda alguna es imprescindible, es el anexo que detalle las tecnicismos que se emplearán en el contrato para evitar problemas de interpretaciones gramaticales, finalmente, y como en todos los

(43) Telléz Valdes Julio, "Contratos Informáticos", Editorial U.N.A.M., pág. 25

contratos de esta importancia, deberá anotarse la renuncia expresa que hacen las partes de someterse a los tribunales que por razones de su domicilio les correspondiera, mencionando claramente, la aceptación de someterse a los Tribunales locales donde se celebra el contrato para los casos de controversia o interpretación de éstos dado que como lo mencioné, en ocasiones se celebran contratos con otros países con tecnologías más desarrolladas que la nuestra, y entonces se suscitaría un problema de derecho internacional, para los casos en los que no existan Tratados o Convenios sobre la materia, con los países contratantes, y en esta circunstancia, no sólo habría que resolver el problema de la interpretación del contrato, sino también el de qué Tribunal será el competente para resolver dicha controversia.

Sin embargo, para hacer más complicado aun el contenido del contrato informático de compraventa, se puede establecer también que el proveedor se compromete a dar mantenimiento al equipo durante el tiempo que ambas partes convengan, o en su caso, como ya existen en la actualidad, el proveedor es el que determina este término, y en este caso, el clausulado deberá contener el tipo de mantenimiento que deberá ser el adecuado para cada uno de los equipos, así como señalar si incluye las refacciones que deban utilizarse o si no, establecer que el usuario proporcione dichas refacciones, asimismo, como ya quedo precisado, si el usuario requiere de capacitación, en el contrato también se anotarán los periodos en que ésta se imparta, el número de personas que deben tomar la capacitación, así como la duración de cada curso.

En fin, estos contratos podrán ser tan simples o complicados, dependiendo de las necesidades de cada usuario.

Concluida la explicación del Contrato mencionado, pasaremos al estudio del siguiente que es el Contrato de Arrendamiento Informático, que igual que el anterior, partiremos de la definición que señala el Código Civil, en su artículo 2398:

" Hay arrendamiento cuando las dos partes contratantes se obligan recíprocamente, una a conceder el uso o goce temporal de una cosa, y la otra, a pagar por ese uso o goce un precio cierto. . . "

Aplicando este concepto 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. Asimismo, se deberá estipular la duración del contrato en los términos y condiciones acordados respetando los mecanismos de prórroga que se presenten, también se deberá definir claramente la fecha, el sitio y las condiciones de entrega del sistema de cómputo.

Una vez que ambas 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 de la renta le da derecho al arrendatario de usar en forma ilimitada el sistema de cómputo, con sus fases operativas y su programación.

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

En el contrato de arrendamiento informático existen varias cláusulas similares a las que se establecen en el contrato de compraventa informático, 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 responsable de las violaciones que se causen en materia de patentes o derechos de autor, comprometiéndose a pagar los daños y perjuicios que por tales situaciones se causen.

Por otro lado, el arrendador, deberá garantizar que el equipo y sus dispositivos estarán libres de cualquier defecto 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 contratado.

Como podemos notar, el clausulado que se emplea en este tipo de contratos de arrendamiento informático, coinciden ampliamente con las señaladas en el de compraventa, y al igual que las cláusulas esenciales del contrato de arrendamiento de bienes muebles que determina el código civil, se anotan en el contrato informático, diferenciándose únicamente en que el precio pactado será el de la renta mensual que se fije, y en que aquí sí es obligación del proveedor o arrendador, dar capacitación al usuario o arrendatario para la utilización del equipo, al igual que es obligación del arrendador, el proporcionar los elementos necesarios para el buen funcionamiento de dichos equipos, lo que veíamos en el contrato anterior como una cláusula accesorio, aquí se convierten en cláusulas esenciales, obviamente por la naturaleza del contrato. Sin embargo, esto no quiere decir que no se pueden incluir cláusulas accesorias, toda vez que como ya lo mencioné, este tipo de contratos puede ser tan simple o complicado como las partes lo requieran.

Vistas las similitudes de los contratos que se explicaron, pasaremos al estudio de uno de los contratos de reciente creación, y siendo reiterativos en nuestros comentarios, es importante la existencia de este contrato que se denomina arrendamiento con opción a compra, o "leasing", porque brinda a las partes una opción que va acorde con las necesidades de su empresa y que en consecuencia, se ve reflejado en la economía de la misma, lo que en la actualidad resulta imperante para todos los empresarios, quienes buscan las mejores condiciones y las más viables para su negociación, y desde mi punto de vista, este contrato da esas ventajas a quienes inician una empresa al igual a quienes ya cuentan con grandes consorcios, pues bien explicaremos el contrato de arrendamiento con opción a compra.

Cómo quedó anotado, esta figura es una modalidad del contrato de arrendamiento muy empleado en materia informática y generalmente conocido con el anglicismo de "leasing".(44)

(44) Leasing, traducción tomada del diccionario Larousse, significa arrendar o dar en arrendamiento.

Este contrato establece que la opción de compra se podrá ejercer en cualquier momento después de la fecha de aceptación del sistema de cómputo respecto a todo o parte del mismo, considerando los porcentajes pactados de las rentas que se pagaron y que se abonarán al precio de la compra.

Comentamos que este contrato es muy usual en las empresas que manejan grandes cantidades de información y que en consecuencia requieren de equipos completos de cómputo, en los que se incluyen el software, lo que representan fuertes gastos, por lo que en principio toman en arrendamiento estos equipos para posteriormente celebrar la compraventa de los mismos, con la ventaja de que el precio se ve notoriamente disminuido y el equipo sigue siendo funcional, sin embargo, en ocasiones las empresas que constantemente se están actualizando en cuanto a sistemas computacionales, adoptan este tipo de contratos con la ventaja que al término del arrendamiento pueden elegir o no la compra, y en tal virtud celebran un nuevo contrato de arrendamiento con equipo de reciente creación

En cuanto al clausulado del contrato, se aplican las cláusulas del arrendamiento y las del contrato de compraventa para los casos en que el arrendatario decida realizarla.

Como ejemplo podemos anotar, que un equipo incluyendo sistemas, se renta a un precio de N\$ 5,000.00 mensuales, durante un término de doce meses, y la opción de compra será que para cuando éste haya concluido, el precio del equipo en las condiciones en las que se encuentre, será de N\$ 90, 000, con la ventaja de que las rentas pagadas se tomarán a cuenta de dicho precio, por lo que restaría únicamente por pagar la cantidad de N\$ 30,000.

Con este breve ejemplo, hacemos notar las ventajas económicas que representa celebrar este tipo de contratos y que desafortunadamente, en nuestra legislación, pese a la constante práctica de los mismos, no existen disposiciones expresas, teniendo que aplicar las normas existentes para los contratos de compraventa y de arrendamiento, respectivamente.

Considero que esta falta de disposiciones normativas, trae muchos problemas, aunados a las controversias que se suscitan cuando las partes no cumplen con lo pactado en el contrato, por lo que mediante el presente trabajo, se pretende hacer notar la necesidad en nuestra sociedad mexicana de legislación aplicable expresamente a este tipo de actos jurídicos, porque no podemos dejar a una lado ni hacer caso omiso del avance que se esta viviendo en nuestro país.

Finalmente explicaremos otro de los contratos más comunes que se dan en materia de informática, que es el de prestación de servicios, este tipo de contratos se refiere a todos aquellos trabajos que sobre determinadas materias se realizan. 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 define en el código civil de la siguiente forma:

" El que presta y el que recibe los servicios profesionales pueden fijar, de común acuerdo, retribución debida por ellos. . . " (45)

Sin embargo, en este tipo de contratos, es necesario que el prestador de servicios tenga una adecuada preparación técnica en materia de computación, además un título que acredite dicha preparación, así como capacidad general para contratar y realizar cualquier tipo de actos jurídicos.

Lo importante de estos contratos, es que hay una categoría que se refiere a la utilidad o provecho que se obtiene de la realización de acciones o actos concretos de personas físicas o morales que coadyuvan de manera directa o indirecta al manejo de la información estando su aplicación relacionada con la estructuración y composición de datos. (46)

(45) Artículo 2806 del Código Civil vigente para el D.F.

(46) Tellez Valdes Julio. " Contratos Informaticos ", Pág. 27 Editorial UNAM.

Las partes en este contrato informático, se denominan "proveedor" siendo aquel que presta el servicio (prestador) y que en la mayoría de los casos, son empresas dedicados exclusivamente a la computación, (como el gran consorcio IBM), así como el "cliente" o "usuario" (prestatario), siendo aquel que recibe el servicio y lo retribuye a través de un concepto que se emplea para estos casos, que es el de "honorarios".(47)

Como ejemplos de estos contratos, podemos señalar los de explicación de programas, de consulta de archivos y bancos de datos, el estudio de mercado de informática, el de documentación técnica, el de mantenimiento correctivo y preventivo de sistemas, el de manejo de datos, el de desarrollo de estudios de viabilidad para la selección de bienes y servicios, el de consultoría, el de diseño de sistemas, asistencia técnica, formación, etc. Como ya lo mencioné cualquiera de estos servicios puede ser incluido o no en los contratos que se explicaron anteriormente, y que en ocasiones van inmersos en los precios de los contratos, siendo que en realidad debería elaborarse un contrato aparte toda vez que dichos contratos por naturaleza son complicados, el incluir por ejemplo uno de prestación de servicios informáticos, en un contrato de arrendamiento informático con opción a compra, tendríamos tres contratos de diferente naturaleza en un sólo documento y aquí se presentan las situaciones que mencionamos en el capítulo anterior, cuando nos referíamos a la interpretación de los contratos, ya que como lo expuse debemos determinar primero si la controversia surge por motivo del cumplimiento del contrato de arrendamiento, o por el de compraventa o por el de prestación de servicios, y una vez que esto suceda, saber que normatividad aplicaremos para el caso, y si casualmente se estableció en el contrato alguna disposición más que no nos permita saber que solución darle a esa controversia, aplicar cualquiera de los sistemas que se explicaron en el referido capítulo, estaríamos entonces frente a un grave problema, por eso la necesidad de elaborar el presente trabajo con el fin de hacer consciencia en la necesidad de crear un sistema jurídico normativo que regule a cada uno de los contratos que mencionamos.

(47) Tellez Valdes Julio, " Contratos Informáticos ", Página 28, Editorial UNAM.

D) ELEMENTOS ESPECIFICOS

Como ya lo mencioné, es importante determinar los elementos que habrán de incluirse en el contenido del contrato y aparte de los que mencionamos, también se hace necesario incluir un anexo donde se citen definiciones técnicas, asistencia y formación, secreto de confidencialidad, o en su caso incluir cláusulas diversas. Lo anterior con la finalidad de permitir un mejor manejo del contenido de dichos contratos, para los casos en los que se ocupen por personal que no este familiarizado con ellos.

Respecto a las deficiones, es necesario que se incluyan, en virtud de que en muchas de las ocasiones el léxico que se emplea esta integrado por vocablos de orden técnico a los que los comerciantes, juristas y aun los mismos expertos en informática llegan a atribuir contenidos diferentes, lo cual puede traer como consecuencia que los derechos y obligaciones contractuales lleguen a ser diversos de aquellos que las partes pensaron haber suscrito.(48).

Para evitar una infinidad de interpretaciones al contenido de los contratos informáticos, es importante anexar un documento donde se explique el significado que debe dársele a cada tecnicismo, mediante definiciones claras y concretas.

En cuanto a la asistencia y formación, que se establece en algunos contratos informáticos, es importante que esta se de oportunamente, es decir, antes de que se instale todo el complejo sistema de cómputo que se haya contratado, sin embargo en ocasiones los proveedores con la finalidad de obtener un poco más de ganancias, no incluyen este servicio en sus contratos, sino que lo hacen por separado.

(48) Tellez Valdes Jullo, " Contratos Informaticos ", Editorial UNAM, página 20.

El tema que desde mi punto de vista es uno de los más importantes, y que siempre sin excepción deberá incluirse en el clausulado de todo contrato, es el de el secreto y la confidencialidad, que consiste en el carácter confidencial que el proveedor debe dar a la información de su cliente. si por el contrario, realiza o permite su divulgación a un tercero, eventualmente o no competidor, el usuario estará en todo su derecho de demandarlo por la vía civil o aun por abuso de confianza.

Finalmente y con el propósito de que el contrato informático que debamos elaborar sea lo más completo posible, podemos incluir cláusulas diversas por ejemplo, la de no solicitud de personal proporcionado por el proveedor, otra sería la restricción de acceso al equipo informático, otra podría ser que no se de preparación o capacitación al personal usuario, en fin todas aquellas que se determinen en función de las necesidades de las partes.

Dentro de este subtema denominado Elementos Especificos de los Contratos Informáticos, otro de los puntos que no deben dejarse sin explicación, es sin duda el determinar los nombres de las partes que intervienen en todo contrato informático así por ejemplo en el contrato de compraventa existe, por un lado una persona a la que llamamos "vendedor" y otra a la que se denomina "comprador", así en estos contratos existen los "proveedores" y por otro lado los "usuarios".

Los proveedores son todas aquellas personas físicas o morales dedicadas a la fabricación, distribución y venta de bienes informáticos, incluyendo en estos, a los prestadores de servicios informáticos, que serían aquellos encargados de dar capacitación, asesoramiento o únicamente prestar mantenimiento a dichos bienes.

Dentro de las principales obligaciones de los proveedores, podemos señalar los siguientes:(49).

- Salvaguardar los intereses del cliente y darle consejo e información.

(49) Tellez Valdes Julio. " Contratos Informaticos" Editorial UNAM, página 22.

- 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 entablar una demanda con el fin de solicitar el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por el retraso en la entrega de dichos bienes o en el último de los casos demandar la rescisión del referido contrato.
- Otra de las obligaciones importantes 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 para el Distrito Federal.

• En los contratos conmutativos, el enajenante está obligado al saneamiento por los defectos ocultos de la cosa enajenada que la haga impropia para los usos a que se destina, o que disminuyan de tal modo este uso, que al haberlo conocido el adquirente no hubiere hecho la adquisición o habría dado menos precio por la cosa. (50)

• En los casos del artículo 2142, puede el adquirente exigir la rescisión del contrato y el pago de los gastos que por él hubiere hecho, o que se le rebaje una cantidad proporcionada del precio, a juicio de peritos. (51)

- Otro punto importante es que debe realizarse el estudio de viabilidad para el usuario actuando en todo momento con probidad y honestidad, así como dando una adecuada asesoría y brindando todo el apoyo que éste solicite.

(50) Artículo 2142 del Código Civil. Vigente

(51) Artículo 2144 del Código Civil Vigente.

Como obligaciones principales por parte de los usuarios, podemos señalar las siguientes:(52)

- 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 en general, así como de los programas existentes y sobre todo, los que pueden ser instalados en sus empresas, para el mejor funcionamiento de las mismas.
- Determinar de manera precisa sus necesidades de automatización fijando y comunicando sus objetivos fundamentales
- Suministrar al proveedor informaciones exactas de su empresa, acompañadas 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.
- Realizar la elección final de entre las ofertas que le presenten los proveedores, considerando los elementos de apreciación de orden financiero y técnico.
- Aceptar y recibir el material o los servicios que ha solicitado.

(52) Tellez Valdes Julio, "Contratos Informaticos" Editorial UNAM, página 23.

- 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.
- 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.(53)

•El comprador debe cumplir todo aquello a que se haya obligado, y especialmente pagar el precio de la cosa en el tiempo, lugar y forma convenidos•

•Si no se ha fijado tiempo y lugar, el pago se hará en el tiempo y lugar en que se entregue la cosa•

E) LOS LLAMADOS RIESGOS INFORMATICOS

Respecto a este tema que será tratado de manera muy sencilla en virtud de las pocas fuentes que existen para hacer una más profunda investigación acerca del mismo, podemos empezar por tratar de establecer un concepto de riesgo informático, en virtud de ser un tema nuevo, no existen diversidad de tratadistas que se hayan dedicado al estudio del mismo, en tal virtud, sólo diremos que los riesgos se refieren a la incertidumbre existente por la posible realización de un suceso relacionado con la amenaza de daño respecto a los bienes o servicios informáticos, por ejemplo , los equipos informáticos, periféricos, instalaciones, proyectos, programas de cómputo, archivos, información, datos confidenciales, responsabilidad civil que estos ocasionan frente a terceros por la prestación de un servicio informático. etc.(54)

(53) Artículos 2293 y 2294 del Código Civil Vigente

(54) Tellez Valdes Julio. " Contratos Informaticos" Editorial UNAM, página 23.

Como lo he venido señalando a falta de disposiciones jurídicas aplicables para estos riesgos informáticos, se aplican las disposiciones señaladas en Ley de Contrato de Seguros y en Ley General de Instituciones de Seguro pero en realidad el principal motivo de estudiar este tema, es lo complejo de los problemas que se suscitan en la práctica.

Uno de los puntos principales a tocar en este subtema, es la prevención de los riesgos, que tienen como finalidad la protección de las personas, equipos y trabajos vinculados con la informática.

Dentro de esta protección se pueden encontrar tres situaciones básicas que a continuación mencionaremos: desde el punto de vista del autor Julio Tellez Valdes.

- La protección amplia, la cual debe ser eficaz y concierne a los locales de procesamiento y sus anexos.
- La protección media, cuyos efectos deben ser compensadores y complementarios.
- La protección restringida, en función del grado seleccionado de vulnerabilidad, esto quiere decir, en función del área que el empresario haya designado para la protección en atención a sus necesidades básicas.

Sin embargo, para lograr una adecuada protección de los sistemas y del equipo en general, y consecuentemente prevenir los riesgos, es necesario hacer una clasificación de lo que queremos proteger, la cual queda sintetizada de la siguiente manera.

1. Respecto de los equipos.
2. Respecto de los programas.
3. Respecto de las personas.
4. Respecto a los trabajos.

Iniciaremos con la protección respecto a los equipos que desde mi punto de vista es la más importante, en virtud de que si no se protegen adecuadamente los equipos, no podrán protegerse ni los programas, ni a las personas.

A los equipos los podemos proteger con la finalidad de que no se cambien los mensajes durante el proceso de transmisión, al igual que de desastres e interrupciones en la capacidad de funcionamiento del equipo en sus líneas, ya que estos pueden ser causados por fuego, inundaciones, terremotos, disturbios, terrorismo, fallas en el sistema o sismo, pérdida de energía eléctrica, fallas en el sistema de aire acondicionado, etc.

Otro de los riesgos que es más frecuente, es la falla del equipo y como consecuencia provocar la aparición de datos erróneos, omisiones y pérdida de la información, sin embargo esto podría evitarse con el simple resguardo mediante la utilización de un disco, de toda la información que se procesa.

En cuanto al punto número dos, que se refiere a los riesgos provenientes de los programas podemos decir que existe el más común de ellos, que es el fraude o desfalco de los activos de la empresa, esto se refiere a que por conducto de una persona no autorizada para el manejo de la información, o inclusive por personal de la misma empresa, se introduce clandestinamente al equipo de cómputo manejando dicha información de acuerdo a sus intereses.

Otro de estos riesgos, y que por desgracia también es de los más comunes, es el robo de los programas, que puede darse de dos formas, físicamente o mediante el copiado ilícito de los mismos, y que igual que el anterior, puede darse por personal ajeno o de la empresa, en la mayoría de los casos, este hecho se da por personal de la empresa, que en ocasiones, lucra con los programas que se emplean en dicha negociación, dado el alto costo de los programas y lo sencillo que resulta la infiltración a los mismos.

Existen otros riesgos de menor importancia como son aquellas modificaciones que se hacen en la información que se maneja, esto es alteraciones, omisiones y todos aquellos cambios que se realicen y que se ven reflejados en los resultados obtenidos por la utilización de un equipo de cómputo. Al respecto podemos decir que en estos casos es importante señalar en el contrato la responsabilidad de las partes, toda vez que en ocasiones si se omite dicha cláusula, podría suscitarse una controversia, como las que mencionamos someramente en temas anteriores.

Finalmente, del punto número tres, riesgos respecto de los trabajos, podemos anotar los siguientes: riesgos en los proyectos informáticos, estos se refieren a los estudios estadísticos que se llevan a cabo, previos a la adquisición o renta un equipo informático, para tratar de determinar los problemas que pudieran causarse por la inejecución de los programas adquiridos, en virtud de presentarse cualquiera de los hechos que mencionamos en el punto anterior. Al igual que en los riesgos causados por los programas, también en estos se da el robo de datos con los que se trabaja, acceso indebido de personal, tanto a las instalaciones como al equipo, etc.

No se anotan los riesgos en cuanto a las personas, porque dependerá de los criterios que emplean las empresas para la contratación del personal que laborará en su negociación, y generalmente estos criterios son de carácter subjetivo, así como previos los perfiles que se determinen tomando en consideración las necesidades de la empresa.

Para concluir podemos mencionar mi punto de vista personal, respecto a tratar estos temas, recae fundamentalmente, en pretender determinar un parámetro o una estandarización de los lineamientos jurídicos aplicables a estos temas, que como lo he mencionado, son nuevos para nuestro derecho positivo, pero atrazados en comparación con otras legislaciones como la alemana, la norteamericana, la japonesa, etc., por tales motivos, se incluyeron estos temas, de entre la selección otros tantos que por razones obvias al trabajo, no se anotaron, al igual de que por desgracia no existe un abudante material de consulta, y que como podemos determinar conforme el avance de la investigación que aquí se realiza, es sin duda alguna, sin caer en la egolatría, trascendental el estudio de estas figuras.

**LOS PROGRAMAS DE COMPUTACION Y SU
PROTECCION JURIDICA**

A) PROBLEMÁTICA GENERAL

Por su naturaleza, los programas de cómputo son susceptibles de múltiples acciones ilícitas en detrimento de su creador, los deseos de apoderamiento de tales bienes se ven acentuados en las empresas y particulares interesados a través de acciones directas como el robo, o indirectas como el espionaje industrial derivado del pillaje. Estos temas se analizarán más adelante de manera muy sencilla, toda vez que cada uno de ellos, aunque son muy importantes en nuestra legislación no existen antecedentes o fuentes amplias que nos puedan dar una idea del alcance de los mismos.

Lo anterior sumado a la anarquía, la falta de control, al igual que los grandes beneficios en el mercado informático, provocan enormes gastos de parte de las empresas productoras y usuarios de esta nueva técnica gastos que en muchas de las ocasiones no son recuperables, o en otros casos es dinero perdido por los intentos que dichas empresas hacen sin obtener resultados positivos. La industria informática comienza a presentar un aumento considerable en su comercialización. El aumento de inversiones realizadas en los programas es más rápido que en los equipos. El problema de la protección de los programas cobra así más importancia. Lo ideal sería que así como avanzan los inventos y la creatividad en materia de informática, igual avanza los métodos para salvaguardarlos, situaciones que desafortunadamente no suceden.

Hay que señalar, asimismo, el aspecto internacional del mercado, cubierto por los grandes constructores así como las tendencias monopólicas de estos. Al final, algunos usuarios de equipo crean una parte de sus programas, porque se ven en esa necesidad y además porque la competencia a nivel internacional es muy vasta que no les permitiría ingresar a dicho mercado, sin embargo tampoco podrían rezagarse. La evolución de los programas no es un producto del azar, sino es resultado del progreso mismo de la tecnología moderna en el campo de diversas aplicaciones. (55)

(55) Téllez Valdes Julio, "La protección Jurídica de los Programas de Computación", pág. 19, Editorial UNAM

Desgraciadamente, el desarrollo de la programación, sobre todo en las empresas comerciales en detrimento de los centros de investigación y comités de estandarización, ha dado al factor económico una gran importancia donde la demanda juega un papel mayor. Luego de la aparición de nuevas aplicaciones, es necesario un nuevo programa cada vez más sofisticado.

Por lo anteriormente expresado, vivimos actualmente una nueva tendencia: la creación de programas que pueden interesar a varios usuarios o permitir igualmente una utilización general, lo que redundaría evidentemente en economizar ciertos gastos. De hecho, hay que estandarizar necesariamente el uso de programas convirtiendo a los equipos en más compatibles entre sí; situación que en muchas de las ocasiones resulta imposible, porque no es el mismo nivel tecnológico que existe en Estados Unidos que en nuestro país, lo que provoca que se incremente el pillaje industrial, o en su caso la piratería de los programas que es más fácil de llevar a cabo.

Quizá una misma generalización de los programas definidos, según las necesidades genéricas, evitaría la proliferación del producto o la creación de varios para el mismo fin y por tanto la dilapidación, es inútil en efecto que varios programadores trabajen en la creación de un mismo programa. Es cierto que hay otros medios de evitar la dilapidación.

Pasemos ahora a la breve explicación que se da acerca de los principales ilícitos que se cometen en la materia de nuestra investigación, tratados únicamente por uno de los principales investigadores en la materia.

Pillaje y Espionaje Industrial

Los problemas de pillaje o piratería de los programas de cómputo se originan, preponderantemente, en la lucha continua de las empresas especializadas por dominar el mercado informático de programas también los particulares, aprovechándose de sus conocimientos informáticos y el acceso a esta nueva técnica, llegan a realizar un verdadero pillaje para su beneficio personal. Lo anterior sumado a lo económico que resulta realizar este tipo de ilícitos en comparación con llevar a cabo la compra directa de los programas, es en gran medida el

principal motivo de que se realicen este tipo de actitudes y que generalmente se hace creer, que los principales infractores, son los pequeños empresarios, cuando en realidad son los grandes monopolios quienes los provocan.

En lo que respecta a las empresas, esas acciones se realizan por la vía del espionaje industrial, extremadamente sofisticado en la actualidad y que se manifiesta precisamente de un productor a productor, o sea por la intermediación de una persona que trabaja para otro grupo actuando como espía industrial, o por la intermediación de usuarios de buena fe, quienes sin respetar la prohibición de divulgación que gravita sobre ellos, buscan beneficios adicionales "vendiendo" la información a la competencia o a otros usuarios.(56)

Ahora en este tipo de pillaje, "el robo material de la cosa no existe". En el caso de programas es suficiente con copiar la información para después obtener provecho de la misma, de donde aumenta el reforzamiento de los medios de control y de seguridad en los lugares susceptibles de ser objeto de estas acciones. Lo cierto es que el problema se juzgará siempre en términos de buena o mala fe, sobre todo en la medida en que los sistemas informáticos ofrezcan una posibilidad de acceso aunado a la documentación ajena. Es así como las personas más peligrosas en una empresa son los ex-empleados descontentos y no confiables. Aunque resulta un tanto cuanto complicado determinar aspectos subjetivos en cuanto a la selección del personal que participa de manera directa en el manejo de información, para poder estar en posibilidades de identificar esta situación cuando se presenta.(57)

Esto basta para comprender que estos actos deben ser tomados en consideración por el derecho sin que éste permanezca al margen, reiterando con ello, la necesidad de establecer regímenes estandarizados a nivel internacional para la protección mediante sistemas jurídicos efectivamente aplicables a estos casos, que como lo he venido señalando, todo versa sobre aspectos económicos fundamentalmente y las repercusiones que ello conllevan, son igualmente de carácter económico.

(56) Téllez Valdes Julio, "La Protección Jurídica de los Programas de Computación", pág. Editorial UNAM.

(57) Idem.

B) INSUFICIENCIA DE LA PROTECCION JURIDICA

Protección por vías comunes

Frente al peligro que representa para los productores y usuarios de buena fe de programas, el uso fraudulento de estos productos, las reacciones que podemos prevenir, las podemos reagrupar en dos áreas bien definidas: la técnica y la jurídica. En cuanto a la primera, se caracteriza por ser muy costosa y compleja. En cuanto a los métodos jurídicos "clásicos", como aquellos que utilizan las técnicas comunes del derecho al ser considerados como apropiados, se presentan en el momento de la apreciación de resultados, como desprovistos de eficacia real frente al problema, es decir que resultan insuficientes frente al problema.

Insuficiencia de la protección técnica.

La protección técnica consiste en un resguardo en secreto del programa. El secreto puede ser obtenido reduciendo técnicamente la accesibilidad o la utilización de los programas.

Es importante que el proveedor tome medidas de protección que le permitan, por ejemplo, contabilizar la frecuencia de uso de su programa y prever, al final de ese período, la destrucción del mismo. Esto desde mi punto de vista no es muy práctico, toda vez que como en todo, puede existir error en los cálculos de duración o en su caso pueden existir modificaciones que sobrevengan a lo planeado.

La criptografía y el borrado interno son dos medios importantes dentro de esta protección técnica.

Explicaremos brevemente ambos métodos, iniciando por el de la criptografía. y que sólo algunas compañías practican una política de seguridad de este orden en virtud de los altos costos que representan.

La criptografía es la ciencia que transcribe las informaciones en forma secreta; forma incomprensible para toda persona que no sea el usuario o el destinatario. El descryptaje, a su vez, es la ciencia cuyo objeto es el descifrado de las informaciones secretas o codificadas sin el conocimiento previo del código, del método o la clave del código. (58)

De esta forma, y actualmente en espera de una protección por medios jurídicos convincentes, numerosas empresas escogerán, a pesar de todo, recurrir a un método como el criptaje, bajo la idea de que los costos a absorber serán menos onerosos que los que provocan el pillaje y la piratería.

Respecto al método de borrado interno, podemos iniciar diciendo que Donn Parker, presidente consultor de sistemas de la Compañía SRL, International, en Menlo Park, California, habla de posibles sabotajes a los programas como un verdadero delito informático, preconizando para fines de protección los consejos de seguridad siguientes: (59)

1. Establecer un código de conducta especificando aquello que constituye o no una actividad autorizada, haciendo mención de las leyes que permitan la persecución en caso de delito.
2. Organizar reuniones especiales con el personal que presente problemas con la empresa.
3. Utilizar contactos dispersos en la empresa.
4. Recurrir a un sistema individual de funciones, de verificación y balances para vigilar continuamente al personal.
5. Desarrollar políticas para el personal incorporando datos varios y entrevistas susceptibles de mejorar las relaciones o enviar al empleado a vacacionar por dos semanas para "separarlo" de los demás y provocar un cambio de actitud más positivo en favor de la empresa.

(58) Tellez Valdes Julio, "La Protección Jurídica de los Programas de Computación", Editorial UNAM, pág. 26

(59) Tellez Valdes Julio, "La Protección Jurídica de los Programas de Computación", Editorial UNAM, pág. 29

Sin embargo, lo anterior conforma sólo un paliativo. La protección perfecta en su aspecto técnico, no existe. Lo cierto es que la protección de los programas no puede resolverse utilizando sólo estos medios técnicos.

Hay que considerar necesariamente al derecho, aun si en primera instancia pueda derivarse una comprobación de insuficiencia. Que como lo he venido mencionando y dada la naturaleza del tema, es imprescindible que existan normas jurídicas aplicables a estas innovaciones, pero no sólo que sean creadas por los legisladores de cada país, sino que realmente puedan ser exigibles para los casos de incumplimiento, ya que de nada serviría contar con un perfecto cuerpo legislativo sino existen Tribunales competentes para su ejecución. Sería muy aventurado señalar que se creara un Tribunal específicamente para estos casos, sin embargo y cuando existen constantes acerca de un problema determinado, los mismos problemas van formando el cause a seguir por las autoridades correspondientes, tal es el caso de la reciente creación de los Tribunales en Materia de Inmatriculación Judicial o igualmente de los Tribunales Agrarios.

Insuficiencia de la protección por el Derecho Clásico.

Es indudable que en el ámbito informático y en el caso de la programación de computadoras, los contratos han jugado un papel muy importante para la negociación y difusión de los productos-programas.

C) LA PROTECCION A LOS PROGRAMAS MEDIANTE CONTRATO.

El contrato es actualmente un medio en la protección de los programas. Salvo alguna excepción, todo contrato referente a un programa (o materia gris), deberá, en efecto, hacer alusión a cláusulas que garanticen la seguridad de los datos, y prohibir el acceso a los mismos de toda persona no autorizada a:(60)

- Obtener informaciones que pertenezcan al contratante (ya se trate de copia, duplicación de archivos o robo del programa).
- Modificar las informaciones contenidas en un soporte magnético, o modificar su programa.
- Destruir informaciones, borrar el contenido de un disco o una banda magnética o escribir en una banda que contenga información.
- Utilizar los recursos de un sistema sin autorización.
- Explotar un programa donde el uso esté reservado por medio de contrato.

Conviene precisar que todos los agentes y personas que con motivo de la ejecución de un contrato tengan acceso a datos, o a programas que una empresa desee reservar en secreto, deberán comprometerse a éstos a un régimen de confidencialidad en que los responsables estén constreñidos por escrito a destruir o borrar todas las copias que les sean dadas con motivo de la ejecución del contrato.

Existe igualmente interés en indicar en el contrato los datos y programas que presenten un carácter sensible, a fin de que la atención del personal del proveedor se enfoque hacia las consecuencias que tendría la divulgación de esos datos al exterior de la empresa, por ello es sumamente recomendable asegurarse que:

- a) El personal que ejecutará el contrato ha sido notificado del carácter confidencial que presentan los datos y los programas en cuestión.
- b) Que el contrato contiene una cláusula de "secreto profesional".
- c) Que estas personas sean objeto de las mismas reglas de disciplina general aplicables al personal especial en materia de seguridad.

En la práctica, los contratos de elaboración y de utilización estipulan, por un lado, que el programa contemplado en el contrato es propiedad de una de las dos partes, lo cual constituye una anticipación sobre la resolución del problema mayor que opone la protección de los programas, como es aquel de su reserva privativa, y por otro lado, el que los participantes en la elaboración del programa se comprometan a conservar el secreto. Este aspecto es muy importante, toda vez que si se manifiesta desde un principio la titularidad del programa a proteger, sin duda alguna se estará limitando el acceso a dichos programas por personas ajenas a la empresa o al titular del programa, sin embargo en ocasiones en los contratos que se realizan para la protección de este tipo de programas, se omite dicha cláusula, en ocasiones por desconocimiento de quien fue el creador, lo que no permite dar un cien por ciento de eficacia al problema.

Ilustra lo anterior el artículo 11 del "Contrato de Licencia" del programa IBM L9500 1/6-10.

" En ningún momento, durante y después de la ejecución del presente contrato, el cliente podrá proveer o comunicar a ninguna persona salvo miembros de su personal o de IBM todo programa bajo licencia y/o documentos opcionales y su contenido, particularmente los organigramas, bajo cualquier forma que sean sin el consentimiento escrito y previo de IBM ".(61)

El valor efectivo de las cláusulas de protección de estos contratos depende evidentemente del respeto de que sean objeto por las partes. Ahora, es menester mencionar que el carácter altamente sofisticado de la industria de programas no parece mostrar una "moral" similar, lo que demuestra que la protección contractual no es la panacea. Desde mi punto de vista, el carácter subjetivo que se le pretende dar en lo que se refiere al respeto que deben guardar los contratantes en cuanto al contenido de los contratos y principalmente en lo que se refiere a las cláusulas de protección, no es lo más adecuado toda vez que en las principales empresas dedicadas a realizar o crear programas, lo más importante es proteger los aspectos económicos de las mismas, situación que se ha venido señalando en el presente.

(61) Tellez Valdes Julio, "La Protección Jurídica de los Programas de Computación", Editorial UNAM, pág. 32

Sin embargo y con base al estudio previo y a las consecuencias lógicas del tema, considero que deberían estipularse verdaderas cláusulas penales, ya que si se considera obsoleta la aplicación del derecho civil, se hace necesario entonces crear tipos penales aplicables al caso.

El peligro de irregularidades no queda exento en el caso de cláusulas abusivas que podrían provocar la anulación del contrato. Sin llegar hasta este extremo, hay que considerar que los Tribunales tienden a mal interpretar cláusulas deficientemente redactadas, contradictorias y confusas.

Pero el más grave peligro es que estos contratos son ajenos a un derecho objetivo, concebido como un todo. La economía contractual está totalmente desequilibrada, por lo que el contrato pierde todo interés. Si eso que imaginan las partes está sin relación con las soluciones de conjunto que permiten dar lugar al derecho positivo, esos contratos concebidos con referencia a un derecho real no reconocen ni siquiera el derecho objetivo, conduciendo a aberraciones tan grandes como las de un contrato estructurado sin fundamentos jurídicos; por tanto, hay que buscar una solución más allá del derecho contractual.

D) LA PROTECCION EXTRA CONTRACTUAL

Estos medios de protección extracontractuales no aseguran jamás a los creadores de un monopolio con respecto a terceros. En principio, es el único medio para el autor de una creación de evitar la entrega a sus competidores es el de mantenerlo en secreto, sobre todo en esta época donde la innovación es una necesidad vital y donde el espionaje industrial toma proporciones inquietantes, como lo hemos venido anotando.

Podemos imaginar esta protección en un derecho donde la primera función es de orden disuasivo: el derecho penal. Y trataremos de dar aplicabilidad a las disposiciones sobre la protección del secreto de fábrica.

Asimismo, podemos imaginar y considerar también las vías clásicas del derecho civil y recurrir así, por ejemplo, a la acción de la competencia desleal que como sabemos es derivada del derecho de la responsabilidad.

Una tendencia favorable a tal régimen de protección es seguida en numerosos países, particularmente anglosajones y europeos, y la misma considera que una acción penal podría disminuir la divulgación intencional (o aun fortuita) de las informaciones de valor irrefutable contenidas en los programas de cómputo, lo que se ha convertido en un gran problema, especialmente en las empresas.(62)

E) LA PROTECCION MEDIANTE LA APLICACION DEL DERECHO CIVIL.

Fuera del contrato, dos posibilidades son contemplables, según la terminología clásica: el hecho delictuoso o casi delictuoso y en una terminología moderna, el perjuicio causado a otro o el enriquecimiento provocado a otro.

- **La Competencia Desleal.**

En forma sintética podemos decir que la acción de la competencia desleal es la vía jurídica que permite contrarrestar los actos de competidores que son contrarios a los usos onestos del comercio, y principalmente los que pueden crear una confusión con el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; las indicaciones o alegatos susceptibles de inducir al público al error sobre la naturaleza, la forma de fabricación o las características de las mercancías.(63)

Para que un individuo o una empresa pueda ser objeto de una acción en competencia desleal es necesario que cause un perjuicio por el hecho de sustraer un secreto de la empresa de manera furtiva. La acción en competencia desleal no es por tanto normalmente aplicable a terceros, que han adquirido el secreto sin haber cometido deliberadamente un acto contrario a los usos honestos.

(62) Tellez Valdes Julio. "La Protección Jurídica de los Programas de Computación", Editorial UNAM. pág. 33

(63) Tellez Valdes Julio. "La Protección Jurídica de los Programas de Computación", Editorial UNAM. pág. 25

Con lo anteriormente mencionado, se deja una laguna muy amplia, en virtud de ser posible la aparición de terceras personas dedicadas exclusivamente a ostentarse como terceros, pero que en realidad forman parte de la planeación de estos ilícitos, con lo que quedaría sin efecto cualquier tipo de sanción.

Tales datos pueden ser difíciles de establecerse, aun cuando los tribunales se muestren afines a sancionar la competencia desleal. Así nos remitiremos al espionaje industrial.

La característica de esta acción en competencia desleal aplicada en la protección de programas, es que no puede impedir la utilización simple del programa a falta de una apropiación desleal y furtiva, sino un comportamiento desleal que atente a los intereses comerciales de un competidor, particularmente en el desvío de su clientela.

- El Enriquecimiento Sin Causa.

Falta hablar aún de un medio que eventualmente puede invocar aquel que, no disponiendo de medios de protección privativa, se ve desposeído de su creación por un tercero. Se trata de una acción basada en la Teoría del Enriquecimiento sin Causa, calificado en los Estados Unidos de "injust enrichment", y que deriva de un principio general de equidad según el cual está prohibido enriquecerse en detrimento de otro. (84)

Para triunfar en una acción basada en la Teoría del Enriquecimiento sin Causa, el demandante debe probar que la utilización de su idea o invención por un tercero ha permitido a este enriquecerse y que correlativamente ha provocado un empobrecimiento. Pero esas pruebas son tan difíciles de aportar en la práctica, que el recurso a la Teoría en cuestión es esporádicamente invocado.

(84) Tellez Valdes Julio, "La Protección Jurídica de los Programas de Computación", Editorial UNAM, pág. 36

Por otra parte, una regulación de tal acción (que queda aun por imaginar), no facilitaría mucho su uso, ya que podría desencadenar graves abusos, en virtud del riesgo latente de ver a particulares o empresas invocar falsamente un perjuicio (un empobrecimiento).

- Aplicación frente al problema

Venimos a recopilar los datos que nos han parecido esenciales para el tratamiento de la cuestión que nos ocupa, la protección de los programas. Ahora conviene canalizar esos conocimientos para la obtención de respuestas concretas, y esto se hará con relación a las dos vías posibles que derivan del régimen de la propiedad industrial, es decir, al derecho de marcas y al derecho de patentes.

a) La protección de programas por el derecho de marcas.

Nada se opone a que los programas sean "bautizados", pero aquí no se trata sino de una facilidad para el realizador en la comercialización de su producto, pues un imitador podrá poner en circulación un nuevo programa inspirado del primero o aun plagiarlo bajo un nombre diferente, por tanto, si bien la protección del producto en sí mismo no está de esta forma asegurada más que muy indirectamente por el derecho de marcas, algunos autores favorecen el uso de esta vía para los programas de aplicación en forma especial por ser más fácilmente comercializables e indetectables; y en todo caso a pesar del grado de incertidumbre que pueda prevalecer, algunas decisiones judiciales han sido pronunciadas en los Estados Unidos para dictar sanciones de carácter penal en el caso de uso y explotación ilícitas de marcas de programas.

El derecho marcario es evidentemente insuficiente y limitado puesto que no comprende más que los signos exteriores que aseguran la individualización del producto, en este caso, el programa. La marca registrada con la cual sería conocido un programa no protegería más que la denominación y no tanto lo principal, es decir, el producto mismo. Por esta razón, y sin duda alguna, debemos

considerar esta figura jurídica como una eventual forma de protección complementaria, particularmente útil para aquel que pretende comercializar un programa.

b) La protección de los programas por el derecho de patentes.

La patentabilidad de los programas ha sido largamente discutida sin que ninguna opinión unánime haya sido emitida. Sobre la consideración de las tres características que debe presentar todo objeto patentable, es decir, la novedosidad, actividad inventiva y carácter industrial.

F) METODOS DE PROTECCION DERIVADOS DEL DERECHO COMUN.

Veamos estos métodos del derecho común emanados del derecho penal y del derecho civil.

a) El Derecho civil: la competencia desleal.

El recurso de la acción de competencia desleal puede permitir en ciertos estados de la Unión Americana obtener una protección directa contra la copia de programas en virtud de la doctrina del uso abusivo derivada de una decisión tomada en caso internacional. (65)

b) Métodos de reserva privativa,

Examinaremos de manera más profunda estos métodos de reserva privativa derivados del derecho de la propiedad intelectual en sentido lato, siguiendo los lineamientos que han sido propios.

(65) Tellez Valdez Julio, "La Protección Jurídica de los Programas de Computación", Editorial UNAM pág 76

El primero de estos métodos es la llamada Propiedad Industrial, como lo mencioné, el derecho marcario y el patentario son figuras jurídicas que constituyen la propiedad industrial, susceptibles de ser considerados con respecto al problema de la protección de los programas, pero sin mucha aplicabilidad por su escaso campo de protección.

En cuanto al derecho de marcas norteamericano, ofrece una protección a los programas, pero esta protección no se refiere sino al origen aparente del programa, haciendo creer que ellos son los creadores. En general, la protección a título del derecho de marcas no permite obtener reparaciones en caso de copia del programa como tal, en tanto no haya engaño por parte del consumidor, en función del origen del producto.

En lo referente al derecho de patentes, cabe mencionar que en cuanto a la patentabilidad de los programas respecta, dos decisiones pronunciadas en 1980 por la Corte Suprema de Estados Unidos indican claramente que las invenciones reveladoras de un programa constituyen un objeto patentable al tenor del artículo 101 de la Ley de Patentes, según este artículo, cualquiera que invente o descubra un procedimiento, máquina, fabricación, composición de materia nueva y útil o todo perfeccionamiento nuevo que le concierna, podrá obtener una patente bajo reserva de las condiciones y exigencias que para tales fines se señalen. Pero posteriormente fue apelada esta decisión y se acordó que una invención que vincula a un programa no es una máquina, una fabricación o un procedimiento, conforme al artículo 101.

Sin embargo, frente al problema de la protección jurídica de los programas, los Estados Unidos parecen inclinarse actualmente hacia la aplicación de su ley sobre derechos de autor.

La protección de los programas por la vía autoral es actualmente reconocida en los Estados Unidos según una enmienda modificó el antiguo artículo 101 para definir los programas de cómputo como un conjunto de indicaciones o instrucciones utilizables directa o indirectamente en una computadora para producir un resultado.

Cabe señalar que actualmente la ley norteamericana de derechos de autor, no hace del fin o de la calidad de la obra condiciones para su protección, es decir que la obra del espíritu satisfactora de la doble exigencia de originalidad y de fijación bajo una forma tangible de expresión, se beneficia de la protección bajo los derechos de autor y por esta razón la jurisprudencia se ha pronunciado en favor de una protección de los programas bajo esta forma.

Finalmente cabe expresar que la postura externada por los Estados Unidos , en la Comisión de Expertos para la Protección de Programas organizada por la OMPI en Ginebra, fue de que un tratado *sui generis* no se justificaría a menos que el recurso actual a los derechos de autor o las patentes fuera inadecuado.

G) LOS DERECHOS DE AUTOR COMO MEDIDA DE PROTECCION A LOS PROGRAMAS Y SISTEMAS COMPUTACIONALES.

En este tema es importante mencionar que la piratería, tema que mencionamos al inicio del presente capítulo, se realiza con programas y no con archivos de datos, ya que el copiar archivos de datos y proporcionarlos a terceros, constituye el delito de espionaje industrial o comercial según sea el caso.

Un programa es un conjunto de instrucciones para obtener un resultado , un archivo de datos es un conjunto de datos relacionados con un mismo asunto, que servirán para que los utilice algún programa

Por lo que la industria del *software* o programas, es una industria estratégica para el desarrollo tecnológico de cualquier país, por lo que debe estimularse y promoverse adecuadamente.

En nuestro país, indudablemente tenemos talento y tenemos recursos financieros no sólo de inversionistas privados, sino que a partir del mes de octubre de 1987, el Programa de Riesgo Compartido, que se promueve con el Programa de Apoyo a la Industria Pequeña y Mediana con el apoyo de CONACYT y NAFINSA, incluye el desarrollo de *software* anteriormente no considerado.

Dado el apoyo que está teniendo el desarrollo de industrias dedicadas a la creación de programas de cómputo, sería importante que la Secretaría de la Contraloría General de la Federación, estableciera verificaciones en las entidades de gobierno y aplicara, en su caso, las medidas disciplinarias correspondientes contra los servidores públicos que permitan, toleren o coadyuven a la piratería de software.

En virtud de lo anterior se hace necesario establecer en nuestro país, formas de protección a la creación de programas computacionales, y en este tema analizaremos el enfoque y las perspectivas que presenta aplicar el derecho de autor como medida de protección a los programas.

Este tema constituye hoy en día un tema de gran actualidad, sobre todo cuando la tecnología al servicio del delito amenaza seriamente las instituciones protegidas por el derecho de autor. A este respecto, nuestra legislación en materia autoral no ha tenido prácticamente ningún movimiento desde su época como disciplina autónoma.

Es ineludible, que la normativa que regula el contrato de edición, no sea la adecuada para regular las transmisiones mediante satélite o el uso de programas de computo. Y el problema se complica cuando tenemos que buscar la norma que sancione conductas penales, dado que como sabemos el Derecho Penal es rígido, formalista y en el no cabe ni la analogía ni la mayoría de razón. Así pues, el tipo tiene que ser exacto y la tipicidad, esto es, la adecuación de la conducta a la definición legal del ilícito tiene que encajar perfectamente, pues de lo contrario al no existir esa adecuación, no se producirá el ilícito. (66)

Ahora bien, lo mencionado anteriormente sería el aspecto o el enfoque penalista que se le da los derechos de autor, en cuanto al aspecto civil, podemos señalar lo siguiente.

(66) Obon Leon Jose R., "Los Aspectos Penales del Derecho de Autor", pág. 134, Editorial PGR.

El tema de los derechos de autor se incluyó inicialmente en el Código Civil de 1870, continuando sin ningún cambio en el código de 1884 y finalmente en el código de 1928, en lo que respecta a los dos primeros códigos, las disposiciones sobre la materia son idénticas, específicamente en lo referente a los ilícitos que se agrupan bajo el título de "Reglas para declarar la falsificación ", reputándose ésta como la falta de consentimiento del legítimo propietario para publicar obras, discursos, lecciones y artículos originales, las traducciones, las representaciones teatrales y ejecuciones musicales, la publicación y reproducción de obras artísticas fuere por igual o distinto procedimiento del que se empleara en la obra original, por publicar mayor número de ejemplares del convenido, por la reproducción de una obra de arquitectura , para lo cual fuere necesario penetrar en casas particulares, por publicar y ejecutar una pieza musical formada de extracto de otras, por el arreglo de una composición musical para instrumentos aislados, etc. (67)

Ahora bien por lo que respecta al Código de 1928 que entró en vigor en el año de 1932, siguió en los mismos términos, sin embargo la innovación que se incluye como consecuencia del escaso desarrollo tecnológico de la época, es que también se reputará falsificación, la falta de consentimiento para publicar, traducir, reproducir, representar, ejecutar o imprimir en discos para fonógrafos o rollo para pianos automáticos, las obras o parte de ellas.

Al igual que los anteriores códigos, este también remite al código penal para la aplicación de penas corporales.

Sin embargo el tema de los derechos de autor va teniendo tal importancia que se hace necesario la creación de una ley, totalmente autónoma, como lo es la Ley Federal de Derechos de Autor de 1947, tan radical es esta desvinculación, que los ilícitos y sus sanciones se encuentran agrupados dentro de un capítulo especial, con lo que las disposiciones contenidas en el Código Penal de 1931 se derogan.

(67) Obun Leon Jose R., "Los Aspectos Penales del Derecho de Autor", págs. 131 y 132. Editorial PGR.

De lo anterior, podemos concluir que durante casi 100 años de legislación autoral en México, los ilícitos penales se vinieron agrupando dentro del término genérico de "falsificación", comprendiéndose tanto aquellos actos realizados sin autorización del autor o de los titulares de derechos, como aquellos que excedían los límites contractuales. También encuadrados dentro de este término encontramos ilícitos referidos a omisiones como: la supresión del nombre del autor y el cambio de título de una obra.

Sin variaciones de fondo y aunque se abandona el concepto de "falsificación", las legislaciones autónomas siguieron los lineamientos marcados en las legislaciones civilistas.

En lo que hace a la penalidad esta no ha variado radicalmente y por el contrario en el aspecto de sanciones económicas, éstas se han reducido a expresiones prácticamente simbólicas, lo que se explica fácilmente si tenemos presente los efectos inflacionarios y la pérdida del valor adquisitivo de nuestra moneda en los últimos 18 años. (68)

Esto nos lleva a concluir que el tratamiento de los delitos contra el derecho de autor se ha quedado rezagado en forma realmente preocupante. Lo que en un momento pudo ser tutela eficaz, con el constante cambio y la evolución tecnológica en los medios de comunicación, la normativa penal se ha vuelto inocua.

Asimismo podemos señalar que el Derecho de Autor constituye una disciplina autónoma, que regula bienes jurídicos inmateriales, y que por tal motivo no encaja dentro de las teorías tradicionalistas de la propiedad, que prácticamente han sido desechadas. Hace falta sistematización, metodología y una consciencia clara del profundo daño no sólo económico, sino cultural que estos ilícitos producen, con la finalidad de crear beneficios no sólo a la creatividad humana, sino de toda la cultura que pretende salvaguardarse a través de instrumentos internacionales a los cuales nuestro país está vinculado.

(68) Obon Leon Jose R., "Los Aspectos Penales del Derecho de Autor", pág. 135, Editorial PGR.

Ahora bien, el tema de los derechos de autor, ha sido analizado genericamente, por lo que ahora lo aplicaremos a los programas de computo, señalando lo siguiente.

Quedo establecido que los programas de computo, son el conjunto de instrucciones que permiten que una computadora realice determinadas tareas o funciones, tenemos programas de computo señalados para abogados, esto es, programas diseñados para administrar nuestro despacho en forma más eficiente, que nos permitan llevar un control de todos nuestros juicios, de todos nuestros clientes y de los asuntos por ellos encomendados, y por supuesto el saber oportunamente el monto y la antigüedad de nuestros honorarios pendientes de pago. Pero también tenemos programas que nos pueden permitir el acceso a otras fuentes que nos facilitan nuestro trabajo, como pueden ser bancos de datos, en donde se archive o codifique la jurisprudencia, el Diario Oficial, etc.

En la actualidad, uno de los aspectos que más se necesita para impulsar el desarrollo de los programas de computo en México, es el de contar con una protección penal efectiva, que reprima los efectos nocivos de la piratería que inhiben la creatividad y el desarrollo de la programación.(69)

Sumarizando lo hasta aquí expresado, quisieramos subrayar, que los programas de computo son creaciones y desarrollo del intelecto humano, que han representado y representan significativos avances en el campo de la tecnología y de la ciencia y que, por su naturaleza, como cualquier otra obra intelectual, son de carácter intangible, esto es, incorpóreo, aunque queden permanentemente grabados en un medio magnético apropiado. En este sentido, son similares a la música grabada en cassettes y a la propia cinematografía. Todas estas industrias son creativas, intensivas intelectualmente y producen conceptos intangibles; pero que se materializan en grabaciones o medios acordes a su naturaleza.

(69) Vera Val'ejo L.u.s. "Los Aspectos Penales del Derecho de Autor", pág. 154, Editorial F G R

Los autores de estas creaciones, tienen la facultad legal de usar y explotar para sí dicha obra, consistente en el programa de computación. O bien, pueden encomendar a terceros la explotación comercial del programa de cómputo a través de un convenio mercantil o inclusive transmitir sus derechos de propiedad intelectual, normalmente contra el pago de una remuneración convenida.

O podemos tener el caso de una empresa que tiene a su servicio, bajo una relación laboral, a programadores, dedicados a producir programas de computación, como colaboradores remunerados.

Surge así la figura del titular del derecho de autor, como persona distinta del autor, persona física, pero legitimado para llevar a cabo la utilización y explotación comercial del programa de computación.

La Ley Federal de Derechos de Autor, estableció en su artículo número 7, la relación de las distintas obras autorales, cuyo reconocimiento se confiere dentro del marco de protección de la propia Ley.

De la lectura de dicho precepto, nos percatamos que se encuentran protegidas las obras científicas y técnicas así como todas las demás que por analogía pueden considerarse comprendidas dentro de los tipos genéricos de las obras intelectuales antes mencionadas.

Así pues es indubitable que los programas de computación se encuentran protegidos por la Ley Federal de Derechos de Autor, en el artículo señalado.

Es procedente mencionar, que en el campo del derecho comparado, prácticamente la mayoría de los países han ya legislado reconociendo expresamente que los programas de computación son obras protegidas por el derecho de autor.

Así pues, existe un consenso mundial respecto de que los programas de computación deben ser protegidos por la legislación autoral.

Es más, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual OMPI, de la cual México forma parte, ha recomendado a los países miembros que los programas de computación se registren y protejan no sólo como obras científicas o técnicas, sino también como obras literarias.⁽⁷⁰⁾

Podemos concluir de lo anteriormente señalado, lo siguiente:

- Que se tiene una perfecta identificación de las figuras del autor, autores colaboradores, autor remunerado, obra por encargo, cesión de derechos de explotación comercial, licencia o distribución comercial de programas de computación, que confieren las diversas figuras del titular del derecho de autor de un programa de computación.
- Que teniendo perfectamente identificados la Obra Protegida (programa de computación) y al titular del derecho de autor correspondiente, estos quedan amparados por el marco normativo de la Ley Federal de Derechos de Autor.
- Que por lo anterior, el titular del derecho de autor de un programa de computo, está legitimado para ejercitar los derechos y acciones que le otorga la Ley Federal de Derechos de Autor.
- Que dicha legislación otorga al titular del derecho de autor, la facultad y derechos exclusivos de uso y explotación comercial de la obra en los términos de lo dispuesto por los artículos 2o. fracción III, 4o. y demás disposiciones aplicables de la Ley Federal de Derechos de Autor.
- Que en caso de encontrarse frente a violaciones de estos derechos autorales, el titular de los mismos puede ejercitar las acciones civiles y las denuncias penales que la propia ley de la materia ha previsto en sus artículos 135, fracción I; 136 fracción I, 139, 146, 150, 156 y demás preceptos aplicables de dicha legislación.

(70) Vera Vallejo Luis, "Los Aspectos Penales del Derecho de Autor", pág. 156. Editorial P.G.R.

Ha quedado anotado que los programas de cómputo deben ser inscritos en el Registro correspondiente, sin embargo y dada la naturaleza de los mismos, la Dirección General de Derechos de Autor, tuvo que determinar un procedimiento específico para el registro o inscripción de dichos programas, tal procedimiento se encuentra contemplado en la Ley de la materia, mediante el Acuerdo Secretarial No. 114 de la Secretaría de Educación Pública, publicado en el Diario Oficial de la Federación del día 8 de octubre de 1984 y que a continuación se detallara:

" ACUERDO No. 114 POR EL QUE SE DISPONE QUE LOS PROGRAMAS DE COMPUTACION PODRAN INSCRIBIRSE EN EL REGISTRO PUBLICO DEL DERECHO DE AUTOR.

PRIMERO.- La Dirección General del Derecho de Autor, procederá a inscribir en el Registro Público del Derecho de Autor los programas de computación cuyo registro se solicite, una vez que se haya cumplido con los registros que para el efecto establecen las disposiciones legales aplicables.

SEGUNDO.- Para los efectos de dicha inscripción, el solicitante podrá presentar, a su elección, las primeras y las últimas diez hojas que correspondan al programa fuente, al programa objeto o ambos.

TERCERO.- En todos los casos, el solicitante deberá acompañar a la solicitud correspondiente una breve explicación del contenido del programa de computación en cuestión.

CUARTO.- El solicitante podrá también presentar los ejemplares del programa de computación necesarios para el otorgamiento del registro, contenidos en cualquier tipo de soporte material. Cuando el solicitante exhiba soportes materiales diversos a su expresión impresa en papel, deberá acompañar a los mismos las primeras y las últimas diez hojas impresas del programa en cuestión, las cuales se devolverán al interesado con las anotaciones correspondientes.

QUINTO.- La Dirección General de Derechos de Autor, adoptará las medidas administrativas que sean necesarias para el cumplimiento del presente acuerdo ".

Así pues, a partir de dicho acuerdo, quedó definido el trámite y procedimiento para el registro de los programas de computación en México, como cualquier otra obra protegida por la legislación autoral en nuestro país.

Sin embargo es importante hacer mención, que pese a los esfuerzos que realiza el Estado a través de sus Instituciones, como lo es la Secretaría de Educación Pública, creando y fomentando acuerdos para establecer lineamientos a seguir respecto a los programas de cómputo, es innegable que la piratería de los mismos, aun cuando éstos se encuentran debidamente registrados, se lleva a cabo a todos los niveles, tales son los casos que a continuación se mencionan:

Ha quedado señalado que los programas de computación son obras protegidas por nuestra legislación autoral e inscribibles en el Registro Público del Derecho de Autor, con todas las consecuencias legales, lo que implica el derecho de uso y explotación comercial exclusivo del titular, que lo faculta para oponerse e impedir la reproducción y uso de copias no autorizadas.

En otras palabras, el copiar, utilizar, reproducir y comercializar copias de un programa de computación con fines de lucro (como se define en el segundo párrafo del artículo 75 de la Ley de la materia), sin contar con la autorización del titular del derecho de autor correspondiente, constituye un ilícito al que usualmente se le describe como un ACTO DE PIRATERÍA, sancionado penalmente por la ley y sin perjuicio de las demás acciones civiles y de la reparación del daño patrimonial. (71)

De acuerdo al autor en comento, clasifica a los actos de piratería en los siguientes campos.

- Estudiantil
- Comercial
- Corporativa
- Industrial

(71) Vera Vallejo Luis. "Los Aspectos Penales del Derecho de Autor", pág. 162, Editorial P.G.R.

Sin embargo y desde mi punto de vista, los que más se llevan a cabo son los que a continuación explicaremos:

Piratería comercial, es la que realizan normalmente vendedores al menudeo de micro-computadoras al ofrecer "regalar" a sus clientes programas de computación, con objeto de asegurar la venta del equipo engañando al cliente al quien se le asegura, además, que esta recibiendo un fuerte descuento equivalente al precio que tendría que pagar por el precio del o de los programas, que supuestamente se le están "regalando" y que se incluyen en el equipo.

Obviamente, es muy fácil pretender regalar lo ajeno; inducen al cliente a creer que está recibiendo una oferta consistente en un programa que es en realidad una copia ilegítima no autorizada y por la que el vendedor no ha pagado cantidad alguna.

Piratería Industrial, que consiste en el copiado de programas computacionales en forma masiva, esto es, cuando en una empresa al momento de producir el "hardware" se introduce el "software" instantáneamente, lo que provoca que la producción de copias ilegítimas sea en masa.

La piratería se aprovecha indebidamente y sin derecho alguno, de la propiedad y talento intelectual del autor, lo priva de sus ganancias y expectativas económicas y perjudica y lesiona a los inversionistas que apoyan financieramente al autor.

Nuestra ley de derechos de autor, establece las sanciones penales para castigar a los piratas. Así pues, el delito de la piratería no debe verse como una conducta ilícita que afecta a un sólo individuo, sino como una actividad que perjudica a la sociedad entera.

Del estudio realizado en el presente subtema, podemos concluir de la siguiente forma:

- Los programas de computación son un apoyo indiscutible para la modernización de nuestra sociedad y sus Instituciones, tanto públicas como privadas.

- Es de interés para la sociedad y el Estado el promover la proliferación y estimular el desarrollo de los programas de computación.
- El registro de los programas de computación ante el Registro Público del Derecho de Autor, es un factor importante para acreditar los elementos de protección sobre la propiedad intelectual de los programas de computación y la titularidad del autor, sobre este tipo de creaciones intelectuales.
- Con el objeto de estimular las creaciones y desarrollo intelectuales, incluyendo los programas de computación es que el Estado ha otorgado a los autores un monopolio de exclusividad para la explotación comercial de sus obras, el cual es oponible *erga omnes* y, por lo tanto, no resulta lícito obtener copias o reproducciones sin la debida autorización del titular del derecho de autor.
- Para hacer efectivo este derecho sustantivo, la ley de la materia ha creado diversas figuras o tipos delictivos, para sancionar penalmente a los infractores que vulneren los legítimos derechos de la propiedad intelectual de los autores.
- Los tipos de antijuridicidad constituyen conductas de piratas, que lesionan patrimonialmente a los autores y a los titulares de los derechos respectivos.
- Este tipo de delincuencia no sólo afecta a los sujetos pasivos individualmente, sino además a la sociedad entera, pues los perniciosos efectos de la piratería inhiben la creación y el florecimiento de estos desarrollos intelectuales, impidiendo el crecimiento del acervo cultural y tecnológico de la Nación.
- Es por ello que la piratería no debe verse como un delito trivial, sino como una seria lacra social cuyos efectos perniciosos pueden provocar el atraso cultural y científico del país.
- Es por todo lo mencionado, que la autoridad encargada de la defensa social en cumplimiento de sus funciones, deberá ejercitar enérgicamente las acciones penales en contra de los piratas, a efecto de reprimir en forma efectiva el problema de piratería de los programas de computación en México.

CONCLUSIONES

Una vez analizados a detalle cada uno de los temas presentados en el capitulo de la presente investigación, se mencionarán las conclusiones respectivas avocadas a dar cumplimiento al objetivo del presente.

1. Los contratos Informáticos, partiendo de las diversas clasificaciones así como de los antecedentes históricos, son considerados como Contratos Innominados o Atípicos, en virtud de no existir disposiciones expresas al respecto en nuestro Código Civil Vigente.
2. Independientemente de que este tipo de contratos no se encuentran regulados en nuestro Derecho positivo, deben aplicarse de manera supletoria las disposiciones existentes en lo que se refiere a los sujetos, debiendo intervenir, al igual que en los demás contratos señalados en el Código en cuestión, es decir, un sujeto activo y un sujeto pasivo así como que toca a los demás elementos de los contratos en general.

Respecto al objeto en este tipo de contratos, y basándome en lo señalado en el capítulo correspondiente, deberá quedar definido si la obligación consistirá en dar, hacer o no hacer, o en caso de existir pluralidad de objetos, determinar si las obligaciones son alternativas, facultativas o conjuntivas.

3. Otro aspecto importante a mi consideración, es lo referente a los elementos de existencia y requisitos de validez, que como lo señalé, dentro de los primeros encontramos al consentimiento y al objeto, y en los segundos, la capacidad de los contratantes, la ausencia de vicios en el consentimiento y en algunas ocasiones la forma. Dado el constante desarrollo imperante en nuestra sociedad, en muchas de las ocasiones es mínima la participación de los seres humanos en las múltiples actividades que se desarrollan, tal es el caso de este tipo de contratos, para tratar de explicar lo mencionado, emplearé el siguiente ejemplo: existen empresas que tienen sucursales en diversos países que a su vez requieren de los servicios de otras empresas afines al ramo de su producción, en estas compañías se implantan líneas de crédito así como redes computacionales que les facilitan sus actividades y agilizan sus transacciones,

por ejemplo en la fabricación de armamento, en Brasil se fabrican escopetas, en tanto que en Italia se fabrican pistolas, a través de sistemas computacionales se envían instrucciones específicas que permiten la realización simultánea de contratos de compraventa sin necesidad de que intervenga expresamente el consentimiento de las partes o sin necesidad de elaborar formalmente el contrato respectivo, si no existieran este tipo de sistemas de información, los gastos que la empresa erogaría por este concepto, le afectaría de una manera muy considerable; en virtud de los constantes viajes que tendrían que realizarse para llevar a cabo sus operaciones.

4. El problema se presentaría cuando por error en el teclado de las instrucciones, no se emplearán las claves correctas y en lugar de surtir X número de armamento, se surtiera un número inferior o mayor. en esta situación habría que determinar quien o que empresa sería la responsable, para efecto de indemnizar o resarcir los daños y perjuicios causados por tales "errores" o en último de los casos determinar que se actuó con dolo.

Considero necesario que se le dé la debida importancia a este tipo de contratos así como crear una normatividad aplicable.

5. Por lo que respecta al clausulado que deberá incluirse en estos contratos, además de las inherentes a la naturaleza del mismo, como son:

Las partes que en él intervienen, el objeto materia del contrato, la forma de pago, el lugar o lugares donde deberá cumplirse, las condiciones de entrega tratándose de compraventa o arrendamiento de equipo de cómputo, los derechos y obligaciones de las partes, las causas de rescisión o las formas de terminación, el plazo o vencimiento, la indemnización para el caso de incumplimiento o la cláusula penal, y todas aquellas cláusulas que se deseen incluir, sin embargo en este tipo de contratos, es necesario elaborar anexos mediante los cuales se expliquen los tecnicismos que se utilizarán, o anexos que incluyan especificaciones técnicas de los equipos que se adquieran o renten, además cuando estos contratos incluyan capacitación y adiestramiento, deberá elaborarse el calendario de la impartición de los mismos y definir el lugar o lugares donde se impartan.

En resumen el clausulado se basará en el tipo de necesidades a satisfacer por cada una de las partes, tratando sobre todo, de no dejar lagunas para la interpretación del mismo.

6. Existen actualmente tres tipos de contratos informáticos que se utilizan constantemente, como lo son:

El contrato de compraventa informático, el contrato de arrendamiento informático en sus dos modalidades, puro o financiero; y finalmente el de prestación de servicios profesionales.

7. También resulta importante no sólo crear un cuerpo legislativo acorde a nuestra realidad, sino también preparar, capacitar e instruir al personal que deberá participar directamente en este proyecto, y preferentemente que dicho personal sean Licenciados en Derecho, situación que permitiría conjuntar perfectamente, por un lado, los avances tecnológicos y por otro los aspectos jurídicos.
8. Es innegable que el gobierno y la administración actual, han realizado importantes actividades para incluir los conceptos de informática y sistemas computacionales dentro del ámbito jurídico, tal es el caso de los sistemas de computación que son empleados en el Tribunal Superior de Justicia, o en el manejo de la Jurisprudencia que se emplea en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al igual que en los centros de servicios que manejan grandes cantidades de información, por lo que se ve claramente la intención, pero sobre todo la necesidad de crear normas jurídicas necesarias para este tipo de actividades.
9. Asimismo, es importante mencionar que para que todo sistema computacional opere, es necesario que exista un "programa" o "software", que como quedó establecido es el lenguaje que las computadoras emplean para ser utilizadas, sin embargo existen graves problemas en la forma en que dichos programas son utilizados, planteo como ejemplo de los principales: la piratería y el pillaje de los mismos.

Asimismo concluyo al manifestar que estos ilícitos no sólo repercuten a nivel personal o empresarial, sino a nivel nacional porque se ve mermada la creatividad de sus autores.

10. Finalmente y para tratar de evitar la comisión de los ilícitos en comento, y en virtud de que doctrinariamente no existe un criterio uniforme al respecto, después del análisis que se llevó a cabo, partiendo de las propuestas hechas por los diferentes tratadistas internacionales, concluyo que la mejor manera de proteger los programas de computo, es la aplicación constante del derecho de autor, en virtud de que es la única en nuestro sistema jurídico, que ya contempla la regulación de protección a los programas y a los sistemas computacionales, asimismo existe un breve procedimiento para la inscripción de los programas, en el Registro Público de los Derechos de Autor, sin embargo y como medida opcional, propondría la creación de un tipo penal exclusivamente aplicable a estos delitos, así como la imposición de penas corporales realmente aplicables, o en su caso, sanciones económicas acordes a la situación actual en nuestro país y no cantidades simbólicas.
11. Como modificación sustancial que propondría en el presente trabajo, sería de establecer en los contratos informáticos, en uno de los elementos esenciales para la existencia de éstos, incluir en su clausulado la forma en que habrán de perfeccionarse, que desde mi punto de vista, bastará con que exista el consentimiento expreso de las partes que intervienen en la celebración de cualquiera de los contratos que se explicaron (compraventa, arrendamiento, arrendamiento con opción a compra o prestación de servicios) para que estos surtan sus efectos conforme al contenido del mismo, lo anterior en atención a lo establecido en el artículo 1803 del Código Civil, en el que se menciona que el consentimiento puede ser expreso o tácito.
12. Ahora bien cuando se celebren estos contratos sin fijación de plazo con personas no presentes, el Código Civil establece que el autor de la oferta queda ligado durante tres días además del tiempo necesario para la ida y vuelta regular del correo público, o según las distancias o la facilidad o dificultad de las comunicaciones, desde mi punto de vista esta situación es muy

ambigua, ya que en los tipos de los contratos que se explicaron y en atención que en la mayoría de los casos estos se celebran con países europeos si nos apegáramos estrictamente a dicho precepto, considero que el tiempo que se señala limitaría las operaciones, luego entonces yo aportaría que se establecieran plazos precisos y acordes a la tecnología de vanguardia para que no existiera la posibilidad de interpretar a conveniencia de una de las partes.

13. Finalmente considero y con base a las explicaciones que oportunamente se anotaron y dada la naturaleza de los contratos en comento, no podríamos intentar modificar los artículos existentes y aplicables supletoriamente a dichos contratos, lo que si considero que podría hacerse es crear una legislación específica a cada uno de ellos, porque desde mi punto de vista modificar o agregar algo nuevo y que podamos aplicar al caso que nos ocupa, por ejemplo a los ordenamientos referentes al Contrato de Arrendamiento, implicaría dejar enormes lagunas y consecuentemente no nos resolvería el problema, por lo tanto y como lo señalé reiteradamente y como objetivo del presente trabajo, la aportación que yo daría es la de crear un cuerpo legislativo específico para estos contratos innominados.