

2ej. 82



# UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES  
"ACATLAN"



**"ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS EFECTOS DE LA INSCRIPCION OBLIGATORIA, DE LOS CONTRATOS RELATIVOS A LA COMERCIALIZACION DE PROGRAMAS PARA COMPUTADORAS, ANTE EL REGISTRO NACIONAL DE TRANSFERENCIA DE TECNOLOGIA Y SUS REPERCUSIONES EN EL MARCO LEGAL MEXICANO"**

**T E S I S**

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE LICENCIADO EN DERECHO**

**P R E S E N T A :**

**HECTOR FERNANDO GAMBOA HERNANDEZ**

MEXICO, D. F.

1986



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.

# I N D I C E

|   | Pág.                       |
|---|----------------------------|
| INTRODUCCION  |                            |
| <u>CAPITULO I ANTECEDENTES.</u>   |                            |
| 1. La informatización de la edad moderna.   | 1                          |
| 2. La computación como herramienta para el procesamiento de la información.   | 4                          |
| 3. Breve historia de la computación.  | 8                          |
| 4. El procesamiento de datos en la actualidad.<br>- Los equipos de cómputo ( Hardware ).<br>- Los programas para los equipos de cómputo ( software ).   | 12                         |
| 5. La evolución de la computación en México.  | 13                         |
| <u>CAPITULO II EL ACTO ADMINISTRATIVO.</u>  |                            |
| 1. Orígenes y necesidad del Estado Moderno.   | 14                         |
| 2. Marco constitucional del Estado Mexicano.<br>- El Poder Ejecutivo Federal.<br>- Facultades Reglamentarias.<br>- Facultades Discrecionales.<br>- Facultades de Planeación y Ejecución.<br>- El ciudadano y las garantías individuales.<br>- Jurisprudencia.           | 18                         |
| <u>CAPITULO III LA TRANSFERENCIA DE TECNOLOGIA EN MEXICO.</u>   |                            |
| 1. Antecedentes.  | 25                         |
| 2. La Ley Sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas del 28 de Diciembre de 1972.<br>- Objetivos de la Ley.<br>- Actos y Contratos comprendidos<br>- Actos y Contratos excentos.<br>- Sujetos Obligados. | 27<br>27<br>29<br>35<br>36 |

|  | Pág. |
|--|------|
| - Alcance de aplicación de la Ley  | 38   |
| - Autoridades Reguladoras :  | 42   |
| . La SEPAFIN y sus facultades.   | 43   |
| . El Registro Nacional de Transferencia de<br>Tecnología.                                      | 43   |
| - Hipótesis denegatorias de la inscripción de<br>los contratos y actos comprendidos en la Ley. | 45   |
| - Plazos para el cumplimiento.   | 50   |
| - Sanciones.   | 53   |
| - Recursos.  | 54   |
| - Jurisprudencia   | 55   |

CAPITULO IV LA NUEVA POLITICA GUBERNAMENTAL EN MATERIA  
DE LA INDUSTRIA INFORMATICA EN MEXICO.

|   |    |
|---|----|
| 1. Antecedentes.  | 57 |
| 2. El Programa de Fomento Manufactura de Sistemas<br>Electrónicos de Cómputo.             | 62 |
| 3. Control del Hardware y situación del Software.<br>Solución que se dió a este problema. | 70 |

CAPITULO V NATURALEZA Y COMERCIALIZACION DEL SOFTWARE.

|   |     |
|---|-----|
| 1. Bienes Tangibles vs Intangibles  | 101 |
| 2. Transmisión de conocimientos vs Derecho de uso.<br>Explicación del concepto. | 102 |
| 3. Licencias.   | 104 |
| 4. Venta.   | 107 |
| 5. Mantenimiento.   | 108 |

CAPITULO VI LA NUEVA LEY DE TRANSFERENCIA DE TECNOLO-  
GIA.

|   |     |
|---|-----|
| 1. Antecedentes.                                    | 110 |
| 2. Inclusión de los Programas de Cómputo.           | 115 |
| 3. El Reglamento de la Ley.                         | 118 |
| 4. Actos y contratos obligatoriamente inscribibles. | 125 |

|   | Pág. |
|---|------|
| 5. Actos y Contratos obligatoriamente exentos.                          | 138  |
| 6. Criterios de rechazo. Cláusulas Conflictivas (Vigencia - Piratería). | 142  |
| 7. Los términos de cumplimiento y sus efectos legales.                  | 146  |
| 8. Tramitación y práctica administrativa.                               | 150  |

**CAPITULO VII INADECUACION DE LA LEY A LA REALIDAD LEGAL Y ECONOMICA DE LA SITUACION QUE GUARDA LA COMERCIALIZACION DE LOS PROGRAMAS DE COMPUTO.**

|   |     |
|---|-----|
| Realidad vs. Ficción.                                       | 153 |
| Inconstitucionalidad de la Ley y por ende de su Reglamento. | 156 |
| Facultades discrecionales en la Ley y su Reglamento.        | 159 |
| - Aplicación actual.  | 159 |
| - Peligros de aplicación futura.                            | 161 |
| - Jurisprudencia aplicable.                                 | 162 |
| La ineficacia procesal y sus efectos.                       | 163 |
| Necesidad de una legislación específica, real y adecuada.   | 163 |

**CAPITULO VIII LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS EN LA NUEVA LEY DE TRANSFERENCIA DE TECNOLOGIA.**

|                            |            |
|----------------------------|------------|
| a) Reconsideración.        | 166        |
| b) Revocación.             | 170        |
| <b><u>CONCLUSIONES</u></b> | <b>172</b> |

## I N T R O D U C C I O N

Tal vez muchas personas, que estén avocadas al derecho, se pregunten la razón de éste tema que escogí y su cohexidad con el derecho, pues bien, pasaré a relatar los motivos principales de mi decisión de tomar éste tema para el título de mi tesis profesional.

Como sabemos, México es un país de derecho escrito, que presenta una gran cantidad de leyes que regulan los diversos supuestos -- normativos indispensables para permitir la organización de la sociedad y su desarrollo tanto económico como social. Sin embargo muchas de éstas leyes carecen de positividad, es decir, no se -- aplican, ya sea por no corresponder a la realidad, por presentar un texto obscuro, por regular una materia ya prevista por otros ordenamientos y por tanto se trata de leyes anacrónicas, obsoletas o que presentan lagunas jurídicas y por ello prácticamente -- son inoperantes, de tal modo que el derecho escrito a veces se -- convierte en un derecho estéril, resultando un obstáculo para el desarrollo del país.

También encuentro que hay leyes que no se adecúan a algo específico, queriendo encuadrarlo dentro de ellas, resultando la mayoría, si no es que todas las veces inoperante, como es el caso de la regulación de los programas de cómputo, que es una ciencia relativamente nueva, y por tanto no se ha legislado correctamente al respecto.

Es el caso, que para el tema que trataré en el transcurso de -  
éste trabajo, haré lo posible por que se observe que la ley que  
regula la comercialización de los programas de cómputo, que es  
la Ley sobre el Control y Registro de Transferencia de Tecnolo-  
gía y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas, no se adecúa -  
a dichos programas, porque esto, reconozco, es tecnología, pero  
no visible, sino un cúmulo de ideas organizadas y plasmadas en  
un soporte material, que de ninguna manera se asemejan a otra -  
clase de tecnología, y el mencionado ordenamiento legal, les da  
un tratamiento indiferente, como si se tratase de lo mismo, aun-  
do a que en la práctica de comercialización del software, no -  
existe una real transferencia de tecnología.

Por lo anterior, deriva mi inquietud de aportar un grano de are-  
na al conocimiento de los Licenciados en Derecho que en lo futuro  
se pudiesen interesar en este tema.

Pasaré pues a exponer el tema propuesto, sin detenerme demasiado  
en las explicaciones de "carácter técnico" respecto a la informá-  
tica, pasando posteriormente a adentrarme cuanto más sea posible,  
al estudio de la regulación jurídica de la informática.

## 1.- LA INFORMATIZACION DE LA SOCIEDAD MODERNA.

### ANTECEDENTES:

En la actualidad sería muy difícil concebir el desarrollo económico y social de un país sin el apoyo de la informática. La innovación tecnológica y la disponibilidad de información organizada han sido factores fundamentales en el proceso de transformación de las estructuras económicas y sociales; la informática, producto del acelerado avance la ciencia y la tecnología en los últimos treinta años, ha ampliado substancialmente la capacidad del hombre para transformar los volúmenes masivos de información que requieren manejar los seres humanos a fin de tomar decisiones pertinentes para la conducción de las sociedades. Esto ha significado la generación de una dependencia de la tecnología informática, como sucedió con las tecnologías basadas en el uso del petróleo o la electricidad, las que a su vez dependen ya, para su desarrollo de la tecnología informática.

La informatización, definida como la automatización creciente y sistemática de la tecnología de la información digital, con la informática como vertiente central, se presenta en el sistema económico y en la sociedad en general, como un impulso potencial, decisivo para promover y acelerar el desarrollo económico y social, pero también como un peligro grave, capaz de comprometer las perspectivas de un desarrollo integral, equilibrado y autónomo.



Una estrategia global de desarrollo realista y, en particular, una política de desarrollo informático competente, debe reconocer el desafío insoslayable que representa la tecnología de la información, así como tener siempre presente, su carácter ambivalente. (1)

El procesamiento automatizado de la información, no solo ha impactado a los mecanismos de decisión política gubernamental y al concepto de gestión dentro de las empresas, en lo tocante a aplicaciones administrativas y financieras que facilitan el manejo eficiente de grandes volúmenes de información, sino que la versatilidad de su utilización en el campo científico e industrial, ha llegado a ser el factor que determina el nivel de desarrollo y competitividad entre las empresas y las propias naciones.

Sin embargo, se debe señalar que, con el tiempo, los sistemas de información se han tornado complejos, tanto estructural, como funcionalmente, y lo que al principio parecía un avance para simplificar, se ha convertido en un ingrediente más de la complejidad de la sociedad moderna. México no ha sido ajeno a este fenómeno, por lo que recientemente se ha estado insistiendo en la necesidad de planear su desarrollo en forma integral para evitar la desarticulación y merma de la eficiencia.

(1) Comunidad Informática, México S.P.P. 1962. (pag. 8).

Aunque por si mismos los adelantos de la electrónica digital - no han llegado a modificar el comportamiento de los grupos sociales, se estima que la informática tendrá alcances sociales muy profundos. Dentro de la informática cabe destacar a los - microprocesadores, que en un futuro muy cercano, su precio será tan bajo que penetrará en los hogares al lado del aparato - telefónico o la televisión. (2) Los efectos de la penetración antes mencionada, a la fecha, han empezado a sentirse, ya que como es de todos conocido, cualquiera usa una máquina que contiene un juego de video, un programa para activar las necesidades bancarias de un individuo, etcétera.

De lo anterior se desprende una serie de acontecimientos que - necesariamente requieren de una regulación jurídica, por ejemplo para proteger los derechos del autor de los programas, -- siendo por esto que considero de suma importancia el estudio - de la informática y el derecho, como se verá más adelante.

(2) La Informática y el Derecho. S.P.P. 1983 única edición. CGNEGI p. p. 4 y 5.

## 2.- LA COMPUTACION COMO HERRAMIENTA PARA EL PROCESAMIENTO DE LA INFORMACION.

Como se ha dejado asentado anteriormente, la informática, como toda ciencia aplicada, requiere de la salvaguarda de ciertas - normas técnicas o de calidad que permita el desarrollo ordenado de sus estructuras, la utilización adecuada de los recursos, así como de las instituciones que coordinen y armonicen las -- acciones que de ella se deriven.

La norma técnica viene a resultar así, la guía que permite crear el orden y elimina el proceso empírico y aislado, tanto en la fabricación, como en la comercialización o aprovechamiento de los productos. Concretamente, en el campo de la informática, ha sido indispensable establecer un proceso normativo-jurídico, que apoyado en las diversas leyes nacionales, ha estado creando los reguladores de la actividad de la industria de la informática.

La computación en latu sensu, contemplada ya como instrumento base de la Administración Pública, tiene su regulación normativa a cargo de la Secretaría de Programación y Presupuesto. Le compete a ésta dependencia gubernamental, dictar las medidas necesarias para coordinar las tareas de informática en las demás dependencias y entidades de la Administración Pública Federal; señalar las directrices y políticas generales en la materia para establecer mecanismos de tratamiento que mejoren el uso y aprovechamiento de la información, que aumenten la eficiencia de las depenenacias y entidades mediante el uso racional de los recursos informáticos, que --

regularicen considerablemente las inversiones y el gasto público de las mismas dependencias para la adquisición de estos bienes informáticos.

Asimismo, considero loable, aparte de las características anteriores ya detalladas, que la Secretaría de Programación y Presupuesto controle enérgicamente el cumplimiento de las disposiciones relativas a la comercialización del Software (programas de cómputo), del Hardware (máquina donde se corre el programa de cómputo), y en general todos los bienes informáticos, toda vez que así existirá más competencia en el mercado, habrá mejores productos por lo tanto para ofrecer a la Administración Pública y ésta así podrá desarrollar sus actividades en todos los ámbitos con mayor celeridad y honestidad, que es el fin que buscamos todos los Mexicanos responsables. (3).

Entrando un poco en lo que se refiere a los contratos de licencia de uso de los programas de cómputo, que más adelante explicaré su regulación específica, clausulado, etcétera, me gustaría hacer una observación sobre las políticas que sigue la mencionada Secretaría de Programación y Presupuesto, ya que busca de entre los proveedores de la Administración Pública Federal, a aquellos cuyos programas de cómputo se adecúen a las necesidades reales de las demás dependencias; si bien no es dicha Secretaría la que contrata con estos directamente, si es quien elabora los contratos que servirán para regular las relaciones jurídicas entre gobierno y particulares, poniendo especial atención en las cláusulas más conflictivas que en otro capítulo detallaré.

(3) La Informática y el Derecho S.P.P. 1980 Tomo 1 p. p. 39.

De acuerdo a lo anterior, hemos visto que gracias a la computación tanto en la Administración Pública como los particulares, podemos ahorrarnos incontables horas-hombre en la compilación de información que procesada ésta, en segundos obtendremos los datos necesarios que nos permiten agilizar nuestras actividades.

Ahora bien, pasando al ámbito jurídico de la informática, enseguida enumeraré las dependencias gubernamentales que tienen a su cargo el proceso normativo y técnico, a saber:

- a) La Secretaría de Comercio y Fomento Industrial.- Que le --  
corresponde la función genérica de organización y coordinación de los Comites Consultivos que deben apoyar la formulación de las normas que regulen el sistema general de medidas, que determinen las especificaciones de producción de los diferentes campos de la industria y que sean la base de los --  
procedimientos de certificación de la calidad de los productos, así como la regulación de tecnología en general.
  
- b) La Secretaría de Programación y Presupuesto.- Que en la especialidad de la informática, le compete formular las políticas y normas que deben observar las dependencias y entidades, así como vigilar la observancia de las normas mismas, mediante el establecimiento de mecanismos necesarios. Por lo tanto, está facultada para elaborar las normas que regulen la --  
utilización de los recursos informáticos imponiendo indicado-

res y rangos de tolerancia en los valores y cifras básicas de capacidad y configuración requeridos, así como las normas que establezcan los criterios oficiales y formales para el proceso de adquisición de los bienes y servicios, tanto en los renglones legales de contratos y convenios, como en los concursos consolidados y la selección de equipos y servicios.

Igualmente, se encarga de la función de normalización de los aspectos comerciales para toda clase de productos y servicios, adquisiciones y manejo de almacenes y control de inventarios que deben efectuar las dependencias de la Administración Pública Federal, llevando el Padrón de Proveedores que atienden al sector público. (4).

(4) La informática y el Derecho S.P.P. 1980. Tomo 1 p. p. 38 y 39.

3.- BREVE HISTORIA DE LA COMPUTACION.

Comenzaré por describir en una secuencia creciente de tiempo - las aportaciones importantes a la informática:

1642

BLAISE PASCAL, francés.

Inventó la primera calculadora mecánica que era una máquina de sumar, que para efectuar una multiplicación había que realizar una serie de sumas sucesivas.

1649

GOTTFIED LEIBINIZ, alemán.

Con la rueda escalonada, se construyó la primera calculadora mecánica para multiplicar directamente.

1801

JACQUARD, francés.

Usó las tarjetas perforadas en el control del patrón de tela producida por telares.

1833

CHARLES BABAGE, Catedrático de la Universidad de Cambridge, Inglaterra. Ideó la máquina analítica que es ahora el más elemental principio de los computadores actuales.

1887

HERMAN HOLLERITH, Estadístico de los Estados Unidos Americanos. Inventor de las técnicas modernas de las tarjetas perforadas. Desarrolló la máquina censal bajo el concepto de leer tarjetas perforadas. En 1896 fundó su compañía para fabricar y vender su invento y posteriormente se fusionó con otras sociedades para constituir lo que actualmente es la International Business Machines Co. (IBM).

1937-1944

HOWARD AIKEN, Profesor de la Universidad de Harvard. Construyó una máquina que combinara las tarjetas perforadas de Hollerith y la Tecnología de esa época. Fue la primera computadora electromecánica.

1939-1946

J. PRESPEK ECKERT Y JOHN W. MAUCHLY, Universidad de Pensylvania. Crearon la primera computadora electrónica,



capaz de efectuar 300 multiplicaciones por minuto.

1946

JOHN VON NEUMANN, Instituto de -  
Estudios Avanzados de Princeton,  
New Jersey.

Sugirió el uso del sistema binario en la construcción de las computadoras - para que la información se almacenare dentro de éstas.

1949

FERNAND LUDOVICK, Universidad de  
Cambridge, Inglaterra.

Desarrolló la primera computadora electrónica de programa almacenado.

1954-1959

Se empiezan a desarrollar las computadoras de la llamada Primera Generación.

1959

Se introdujo el transistor, y las computadoras fueron más pequeñas y veloces, - llamando a ésta época la Segunda Generación.

1964

IBM introduce la Tercera Generación, con las computadoras más pequeñas así como - sus circuitos electrónicos.

1970's

La Cuarta Generación, se refiere al -  
equipo producido a partir de los años  
setentas. (5).

(5) "The Top 50 U.S. Companies in the Data Processing Industry". Data  
Nation. Junio 1977 p.p. 61-74.

#### 4.- EL PROCESAMIENTO DE DATOS EN LA ACTUALIDAD.

Hemos abundado anteriormente sobre el procesamiento de datos, pero considero que es de vital interés que consideremos que la industria informática es ahora, tan indispensable como la energía eléctrica. Por ejemplo, consideramos una Secretaría de Estado: Hacienda y Crédito Público. Pensemos en cuantos causantes declaran sus impuestos por diversos conceptos. Posteriormente, la Secretaría tiene que canalizar todos y cada uno de los pagos hacia un lugar específico, y después conservar los datos de pago de un contribuyente en particular. Tratemos de imaginarnos los grandes volúmenes de tal información, que sin la ayuda de las computadoras, sería materialmente imposible registrar en los archivos de dicha Secretaría.

Ahora bien, surge una cuestión inevitable, ¿Como adquiere la Administración Pública tales equipos para procesar datos?

La respuesta viable es, como lo hemos mencionado, por las políticas creadas por la Secretaría de Programación y Presupuesto, en buena parte, como más adelante lo estudiaremos.

Sin embargo, es indispensable empezar a manejar datos tales como -- Software y Hardware.- ¿Que son?, el primero es el programa de cómputo que corre en el segundo concepto que es la máquina computadora, es decir, la serie de ideas que corren por una máquina para hacerla capaz de crear al hombre una mayor facilidad en sus actividades.

5.- LA EVOLUCION DE LA COMPUTACION EN MEXICO.

Esquematizaré brevemente, y a grandes pasos la evolución de la computación en nuestro país:

- 1958                      En la Universidad Nacional Autónoma de México se instala el primer equipo de computación, importado de los Estados Unidos de Norteamérica.
- 1961                      Diversas dependencias gubernamentales adquirieron equipos de cómputo, igualmente importados de los Estados Unidos de Norteamérica.
- 1963                      El Instituto Politécnico Nacional - adquiere su sistema de cómputo, el cual contiene ya tecnología Mexicana en una parte.
1964.                      El Instituto Tecnológico de Estudios Superiores Monterrey adquiere su equipo que fué elaborado por técnicos -- Mexicanos con tecnología extranjera. (6).

## II.- EL ACTO ADMINISTRATIVO.

### 1.- Orígenes y necesidad del Estado Moderno.

En relación a este punto, cabe mencionar que únicamente me avocaré a las necesidades del Estado Moderno en relación a la informática, no sin antes pasar por las definiciones legales más usuales del Derecho Administrativo y del Acto Administrativo.

El maestro Serra Rojas define el Derecho Administrativo como la rama del Derecho Público interno, que determina la organización y funcionamiento de la Administración Pública, tanto centralizada como paraestatal. (7).

Con esta definición estrictamente formal, aludiremos a su concepto material diciendo que: "El derecho administrativo, es la rama del derecho público interno, que se propone la realización de actos subjetivos, creadores de situaciones jurídicas concretas o particulares.

Asimismo, en un concepto más genérico el maestro Serra afirma que el Derecho Administrativo es la rama del Derecho Público interno, constituido por el conjunto de estructuras y principios doctrinales, y por las normas que regulan las actitudes directas o indirectas de la administración pública como órgano del Poder Ejecutivo Federal, la organización, funcionamiento y con-

(7) Serra Rojas Andrés. Derecho Administrativo p. p. 134 Ed. Porrúa.

trol de la causa pública; sus relaciones con los particulares, los servicios públicos y demás actividades estatutales.

Ahora bien, por lo que respecta a la definición del acto administrativo, podríamos afirmar que es una declaración de voluntad, de conocimientos y de juicio, unilateral, externa concreta y ejecutiva, que constituye una decisión ejecutoria, que emana de un sujeto: la Administración Pública, en el ejercicio de una potestad administrativa, que crea, reconoce, modifica, transmite o extingue una situación jurídica subjetiva y su finalidad es la satisfacción de interés general. (8).

Pasando a los pasos previos al acto administrativo, y tornando en un sentido muy general, diremos que el proceso administrativo consiste esencialmente en la elaboración de normas, resolución de litigios y expedición de mandatos que afectan los derechos y obligaciones de los ciudadanos privados y de las partes, llevados a cabo por funcionarios públicos que no son jueces ni legisladores.

Varios de estos fenómenos ocurren en la implementación de la LRNTT: Se expiden mandatos (resoluciones jurídicas) que afectan los derechos y obligaciones del ciudadano y lo hace una autoridad administrativa que forma parte del Poder Ejecutivo y no del judicial o legislativo.

(8) Jean Rivero, Droit Administratif. Dalloz 5a. Ed. pag. 87 Op. Cit. (22)

Igualmente el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología (RNTT) puede resolver litigios, aunque solo aquellos, que se verifican entre los solicitantes y el propio Registro, donde cabría hacer una pregunta que dejo a criterio general:

"¿Puede ser alguien juez y parte al mismo tiempo?"

La doctrina jurídica nacional sostiene que el procedimiento administrativo tiene características propias que lo distinguen de los otros procedimientos que existen, y sobre todo del procedimiento judicial.

El maestro Fraga estima que el procedimiento administrativo tiene por finalidad preparar el acto administrativo y al efecto afirma que "ese conjunto de formalidades y actos que preceden y preparan el acto administrativo es lo que constituye el procedimiento administrativo, de la misma manera que las vías de producción del acto legislativo y de la sentencia judicial forman respectivamente el procedimiento legislativo y el procedimiento judicial. El procedimiento registral ante el RNTT, tiene por objeto preparar la resolución que debe emitir el propio Registro respecto a la procedencia de la inscripción del contrato (en este caso el relativo a los programas de cómputo). Este acto administrativo (resolución) permite que el contrato pueda surtir todos sus efectos legales.

Con esto, ha quedado relacionado el acto administrativo y de ahí el origen del mismo en relación al procedimiento administrativo

que en este caso, hemos analizado, refiriendonos por supuesto, a los actos de la autoridad para llevar a cabo la inscripción de los contratos relativos a la comercialización de los programas de cómputo.

Como hemos mencionado anteriormente el origen y necesidad del -- Estado moderno para regular tales contratos, se basa en que no puede dejar ningún acto jurídico sin que éste pase desapercibido por la misma autoridad, siendo el caso de que a partir de 1982, observando el incremento de la comercialización del software, se legisló al respecto, y así no dejar escapar al extranjero ingresos benéficos para el país.

Más adelante, señalaré cuales son, a mi juicio, los pasos, y fundamentos jurídicos del Estado para crear la LRTT, y por ende así afectar en su ámbito, la comercialización de los programas de cómputo entre particulares.



## 2.- Marco Constitucional del Estado Mexicano.

Aquí es donde relacionaré todos y cada uno de los fundamentos jurídicos que el Estado tomó para crear la LRTT, y así afectar con esto la comercialización libre del software.

Asimismo, mencionaré cuales son, a mi criterio, las inconstitucionalidades en que incurrió el legislador al crear dicha ley.

### Fundamento de la autoridad:

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 73 fracción X de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Congreso de la Unión tiene facultades para legislar en toda la República en materia de Comercio. Esta es una facultad explícita.

La tecnología se transmite a través de la realización de transacciones de carácter comercial.

La calidad mercantil de estos actos jurídicos se manifiesta en su finalidad que incluye, por ambas partes, el propósito de lucro, y en lo que toca al carácter de los sujetos que realizan la operación, estas suelen ser empresas desde el punto de vista económico y, por lo tanto, sociedades mercantiles, desde el punto de vista jurídico.

Lo anterior cabría hacer varias preguntas:

Si bien en la práctica las transacciones tecnológicas son de carácter lucrativo y entre sociedades mercantiles, ¿Que sucede cuando es entre particulares y de carácter gratuito? ¿Existe un acto jurídico comercial? y en caso del software que es regulado por la LRTT ¿Que pasa cuando se licencia gratuitamente entre particulares? ¿No es inconstitucional que estos actos se incluyan dentro de tal legislación?, toda vez que dicho acto no es comercial, y ninguna de las partes es comerciante, siendo además que el licenciante no creó el programa para comercializarlo, sino que por casualidad se lo dió en uso al licenciatarío.

Abundando al respecto de la inconstitucionalidad de la Ley, es menester manifestar que dicha ley sólo debe ser aplicable a aquellos actos que puedan considerarse como actos de comercio a la luz del artículo 75 del Código de Comercio, pues fuera del tal ámbito, el Congreso de la Unión carece de facultades explícitas para legislar en la materia a la que ley se refiere. Así pues, no habiendo base constitucional para ello, la ley no debe considerarse aplicable a actos distintos (de los de comercio) en el ámbito federal.

A este respecto, es posición gubernamental que siendo las transacciones tecnológicas operaciones mercantiles, pues la tecnología no es sino una mercancía con la que se comercia en el mercado, resulta evidente que el Congreso de la Unión gozó de facultades para expedir la LRTT y ésta se apega a la Constitución en cuanto a su origen.

E) otro aspecto, y recordando la famosa "tesis Fraga" la propia Autoridad, sostiene que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha manifestado que toda ley debe incluir la posibilidad de audiencia y de defensa para los interesados, pero también es cierto, que la propia Corte ha aceptado que el procedimiento administrativo no tiene que seguir las mismas fórmulas del judicial y, por lo tanto, el legislador puede utilizar cualquier medio razonable para dar la oportunidad de audiencia y defensa.

En relación a lo anterior, mi opinión es que el RNTT al no regular adecuadamente los procedimientos de inscripción y cancelación de los contratos, puede llevar a la autoridad administrativa a infringir el artículo 14 Constitucional, toda vez que esta objeción no se salva porque exista establecido en la propia ley el recurso de reconsideración, y en todo caso, quien debería resolver en definitiva las cuestiones planteadas sería la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Una vez analizadas las facultades del Congreso para la creación de la LRTT, pasaré a analizar el porqué una dependencia gubernamental del Ejecutivo, es la que aplica tal ordenamiento jurídico a los particulares:

Con fundamento en el artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la fracción I establece las facultades y obligaciones del Presidente para promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia.

En cuanto a las facultades Reglamentarias, con fundamento en el artículo mencionado, son varias las razones por las que la teoría constitucional confía la facultad reglamentaria al Ejecutivo.

El aumento demográfico, el desarrollo de las ciudades, de los progresos de las ciencias, técnicas y artes, mantienen en una incesante evolución a la sociedad, que demanda una intervención directa del poder público que mantiene una constante e inmediata relación con las necesidades sociales.

Políticamente, por la composición misma del Poder Legislativo, - que no puede descender al detalle de la Ley (De minimis non curat praetor), la Cámara de Diputados y la Cámara de Senadores se integran con numerosas personas, la mayor parte de las cuales, por su propia emanación popular, carecen de competencia técnica en el conocimiento detallado de materias diversas. El Poder Ejecutivo está en contacto directo con la realidad y es apremiado constantemente por los problemas del Estado. Si la ley ha establecido el principio general, el Reglamento cuida otros aspectos detallados.

El Poder Legislativo se reúne una vez al año, y durante ese tiempo tienen que tratar numeros asuntos "graves" para el país. No podría enfrentarse a la tarea de una revisión exhaustiva de la legislación administrativa, en cambio, el Ejecutivo dispone de tiempo para modificar una disposición reglamentaria si es ella perjudicial para el gobierno o ha provocado reacciones de inconformi-

dad de los particulares.

Partiendo de esto, tenemos el fundamento jurídico que estima la autoridad, para promulgar el Reglamento de la ley en estudio, - sin que esto implique que yo acepte tal Reglamento, toda vez que gran parte de este hace alusión a los programas de cómputo, y -- como señalaré posteriormente no considero a los programas de cómputo sujetos a dicha ley, y por lo tanto, menos a su Reglamento.

En cuanto a las facultades de planeación y Ejecución del Ejecutivo, como señalé antes, en virtud de que es precisamente sobre el mismo que recaen toda clase de reacciones de inconformidad, fundamentalmente en el precepto constitucional citado, el Ejecutivo - emite proveídos relativos al mejor funcionamiento de las Secretarías de despacho que estan a sus órdenes, para que así se puedan planear estrategias de ejecución de diversas materias y adecuarse a la práctica en cualquier aspecto, procurando así el desarrollo integral del país.

Le llamo facultades de ejecución, porque es precisamente el Ejecutivo quien está directamente relacionado con los problemas cotidianos de la sociedad, y en tal virtud, es el propio Poder Ejecutivo quien tiene que ejecutar los planteamientos, antes hechos, a una situación práctica y directa.

En relación al ciudadano y las garantías individuales, como sabemos, la Constitución Política está dividida en dos partes:

- a).- La Dogmática, y
- b).- La Orgánica.

La parte dogmática está comprendida por los artículos 1 al 29, que es donde se establecen las garantías individuales de los particulares al respecto de sus derechos sobre cualquier acto del mismo Estado que directa o indirectamente afecte su esfera jurídica.

Cité las garantías individuales de los particulares, para tener antecedentes y fundamentos en los cuales se pueden cimentar sus defensas respecto a la aplicación de la LRTT, por ejemplo en las siguientes situaciones, indicándolas enunciativamente y no limitativamente:

- Según los artículos transitorios de la propia ley, se puede dar retroactividad a la misma, al someter a estudio los -- contratos celebrados con anterioridad a la promulgación de ésta (art. 14 Constitucional).
- El derecho de defensa para el caso de que el RNTT declare nulos los contratos sujetos a inscripción o bien cancele la inscripción de los mismos. (Derecho de Audiencia. Artículo 14 Constitucional).

Una vez que se ha analizado brevemente los fundamentos jurídicos de la ley, es menester manifestar que hasta la fecha no -- existen interpuestos en gran cantidad, juicios de amparo reclamando la inconstitucionalidad de la ley, en virtud de que -- en la práctica comercial es más rápido y lucrativo modificar los contratos a los que se refieren los artículos segundo y tercero de la propia ley, y no esperarse a una resolución que pudiera resultar en contra de los intereses de los particulares.

Debido a esta razón, no existe en cantidad necesaria, material - jurisprudencial para fundamentar cualquier acción que se quiera intentar en contra del RNTT o bien de la aplicación de la ley.

Más adelante analizaremos la práctica tanto comercial como jurídica, en relación a los contratos relativos a la comercialización de los programas de cómputo y su inscripción obligatoria ante el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología.

### III.- LA TRANSFERENCIA DE TECNOLOGIA EN MEXICO.

#### 1.- ANTECEDENTES:

Hasta el año de 1972, había plena libertad en nuestro país de contratar asistencia técnica, Know How, y tecnologías de todo tipo del extranjero. Según investigaciones realizadas, por aquellos años se abusó de dicha libertad, por dos razones o circunstancias:

La primera, de carácter nacionalista, consiste en que México importaba del exterior todo tipo de tecnologías, las necesitara o no, sin preocuparse en generar su propia tecnología, y sin reparar en el costo que por concepto de regalías se erogaba, con las correspondientes implicaciones de cuantiosas sumas que en divisas extranjeras se fugaban por tal concepto.

La segunda circunstancia, de carácter eminentemente fiscal, consistió en que las mencionadas regalías por la transferencia de tecnología, se encontraban gravadas con solo el 10%, que el fisco federal retenía a las empresas proveedoras del extranjero, mientras -- que los dividendos, estaban gravados con el 21%. Así pues, se -- decía que las grandes empresas transnacionales "inventaban" contratos de aporte tecnológico y de asistencia técnica con sus subsidios en México, con objeto de obtener utilidades del país, menos -- gravadas, a través de los contratos de esta naturaleza. Había --



un ahorro substancial de un 11%, utilizando este ingenioso expediente de asistencia técnica prestada supuestamente a las subsidiarias. Utilizo la palabra supuestamente, porque aparentemente el Gobierno Federal pudo comprobar en ciertos casos, que dichos contratos se celebraban con "compañías de papel" domiciliadas en Panamá, que evidentemente fueron constituidas con el único propósito de evadir impuestos en México. ( 9 ).

En 1973, el presidente Luis Echeverría Alvarez, quien se distinguió por su política altamente nacionalista, puso en vigor el siguiente ordenamiento legal, del cual hablaré detalladamente más adelante:

- La Ley del Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas.

2.- La Ley Sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas -- del 30 de diciembre de 1972.

OBJETIVO DE LA LEY

Esta ley fué creada principalmente para regular la inscripción y aprobación de los contratos en donde se transfería y proporcionaba a empresas Mexicanas, tecnología de cualquier tipo, -- asistencia técnica y Know How en su más amplia significación.

El objetivo de la ley, era evidentemente evitar los abusos - mencionados anteriormente. Para tal fin, se creó el órgano - competente para aprobar, negociar e inscribir todos los contra - tos de la materia: "El Registro Nacional de Transferencia de - Tecnología". En aquel entonces, dependía de la Secretaría de - Patrimonio y Fomento Industrial.

Dicha dependencia, con carácter nacionalista, en algunos casos, verdaderamente apoyó a los Mexicanos y en algunos otros, quizá por rigorismos o precaución de sentar precedentes, impidió la - obtención de tecnologías, necesarias y convenientes para el - país, que tal vez en su momento pretendían ser demasiado honero - sas, pero a la larga, hubieran resultado benéficas para el país.

Entre otros objetivos de la Ley, encontramos claramente el de - Vigilancia para las empresas de México, estableciendo criterios de aceptación de los contratos relativos a la Transferencia de

Tecnología, es decir, proteger el desarrollo del país, entendiéndose, el espíritu de la Ley, que era el de forzar a las empresas a capacitar a sus técnicos para que así se desarrollara una tecnología local y eficiente y así evitar día a día, la dependencia del extranjero.

Me refiero al término de vigilancia, toda vez que la ley sujeta a las empresas a no erogar ingresos por Tecnología innecesaria, realizando la autoridad visitas de inspección para corroborar tal hecho.

ACTOS Y CONTRATOS COMPRENDIDOS EN LA LEY SOBRE EL REGISTRO DE  
LA TRANSFERENCIA DE TECNOLOGIA Y USO Y EXPLOTACION DE PATENTES  
Y MARCAS.

Dentro de dicho ordenamiento legal, en su artículo 2, encontramos todos y cada uno de los contratos sujetos a inscripción ante el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología, los cuales enumeraré y explicaré brevemente el motivo de su inscripción:

RELATIVOS A:

a) La concesión del uso o autorización de explotación de marcas.

Como ya mencioné anteriormente, las grandes empresas transnacionales, que tienen subsidiarias en México, y que manufacturan productos de determinada calidad, necesitan proteger y a la vez vender dichos productos.

Por tal motivo, hay razones sumamente importantes para que concedan el uso de sus marcas; aquí haré una breve explicación de las maneras en que estos usos comerciales se llevan a cabo.

A algunas empresas, les interesa que el nombre que en un momento se ha vuelto famoso, se comercialize y por lo tanto obtenga ganancias, hecho por el cual contratan con otras empresas, digamos en México, que se dedique a la maquila de ropa, y otorgando a -

Ésta el uso de la marca, seguramente ésta venderá más, siendo - este caso un interés perseguido por una marca que solamente durará un tiempo relativamente corto, no importando la calidad -- que tenga la ropa que lleva dicha marca.

En este caso el Registro Nacional de Transferencia de Tecnolo-- gía, cuida que las regalías que pague la empresa adquiriente -- del uso de la marca, no sea muy elevada, cuidando además el -- equilibrio entre el monto de las regalías y la duración del con<sup>o</sup>trato respectivo.

Sin embargo, existen empresas que les interesa proteger el pres<sup>o</sup>tigio que durante años ha gozado su marca, por lo que contratan con una empresa primeramente por el uso llano de la marca, pero cuidando siempre que las mercancías que la porten sean de una - determinada calidad, sometiendo a la empresa adquiriente a una determinada disciplina de producción, siendo esto lo que la -- autoridad vigila, es decir, que no se tome el control total de una empresa Mexicana, cuidando además, el monto de regalías por tal concepto.

- b) La concesión del Uso o autorización de explotación de patentes de invención, de mejoras, de modelos y dibujos industriales.

Este caso se podría decir que es similar al anterior, sin embargo solamente describiré algunos de los criterios que se ponían en práctica para la inscripción de éste tipo de contratos:

En el caso de patentes de invención:

- 1.- Que la tecnología realmente fuera necesaria y que el invento respectivo no existiera en el país.
- 2.- Que dicha tecnología resultare aplicable para los fines de la empresa adquiriente.
- 3.- Que la tecnología pudiera usarse durante un tiempo razonable, y que fuera viable de usarse con implementos existentes en el país.
- 4.- Que el tiempo del contrato fuera suficiente para asimilar la tecnología adquirida.
- 5.- Que los resultados obtenidos por la empresa adquiriente, como por ejemplo una nueva patente, fueran libremente comercializables por la misma.
- 6.- Cuando se limite a la empresa adquiriente a un volumen determinado de producción con dicho invento.

En el caso de mejoras:

- 1.- Que las mejoras fueran evidentemente benéficas para la empresa adquirente.
- 2.- Que las mejoras fueran determinantes para una mejor calidad de los productos manufacturados por la adquirente..
- 3.- Que los descubrimientos que hiciera la adquirente. por motivo de la tecnología, fueran libremente comerciables por esta.
- 4.- Que por motivo de las mejoras adquiridas, la adquirente no limite su producción.

En el caso de dibujos industriales:

- 1.- Que no existan diseños similares en el país.
- 2.- Que tengan un fin práctico.
- 3.- Que implementen la producción o ventas de la adquirente.

En todos estos casos, además de los criterios señalados, el Registro de Transferencia de Tecnología tomaba en cuenta el monto de las regalías por el contrato, siendo por lo tanto uno de los prin

principales puntos para la aceptación de la tecnología.

- c) El suministro de conocimientos técnicos mediante planos, diagramas, modelos instructivos, instrucciones, formulaciones, especificaciones, formación y capacitación de personal y --- otras cualidades.

En este tipo de contratos, la autoridad, basaba sus criterios de aceptación, en la medida de que la tecnología fuera necesaria, - complementaria, y benéfica para los intereses de la adquirente. Obviamente, se tomaban en cuenta los criterios antes mencionados, siendo una relevancia lo referente a la capacitación del personal. El término "otras modalidades" significa lo relacionado con actividades análogas.

- d) La Provisión de Ingeniería Básica o de Detalle para la Ejecución de Instalaciones o la Fabricación de Productos.

En este inciso, es menester hacer la aclaración de que el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología tomaba en cuenta, en los casos de ejecución de instalaciones, que los contratos no tuvieran una vigencia mayor del tiempo promedio en que materialmente fuera posible la instalación de una planta fabril, y que en dicho término se cubrieran las necesidades mínimas de mantenimiento de la misma.



Para la fabricación de productos, se tomaba mucho en cuenta el tipo de éstos, y el desarrollo del mercado nacional, si existía, para determinar si el tiempo de vigencia del contrato era de acuerdo a los requerimientos del país.

e) La Asistencia Técnica, cualquiera que sea la forma en la que se presta.

En este tipo de contratos se tomaba en cuenta que la asistencia que se suministrara fuese innovadora, y que aportara un beneficio real para el país, y sobre todo el que ninguna persona física o moral Mexicana estuviere en la posibilidad de suministrarla.

f) Servicios de Administración y Operación de Empresas. (10).

Este tipo de contratos era aceptado únicamente cuando la empresa adquirente fuera de nueva creación, o bien los bienes a producir fueran una aportación innovadora a la planta productiva del país, ya que de no existir estos factores, se podía prever la preexistencia de una evasión fiscal por parte de la empresa adquirente.

(10) Ley sobre el Registro de la Transferencia de Tecnología y Uso y Explotación de Patentes y Marcas. Art. 12. 1972.

ACTOS Y CONTRATOS EXCENTOS.

Como nuestro derecho tiene un principio general que reza:

"Lo que no está prohibido, está permitido", podría aplicarse una base de exclusión, ya que si la misma ley prevee los contratos que están sujetos a inscripción, ante el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología, es por ende supponible que los demás contratos que no se adecuaron a lo antes establecido, no se inscribirán ante dicha dependencia gubernamental.

SUJETOS OBLIGADOS

Siendo este tema de trascendental importancia, considero que es conveniente dividirlo en partes, iniciando primeramente - por quienes son los obligados; en segundo lugar el porqué de la obligación y sus consecuencias jurídicas.

Los obligados a solicitar el registro de los contratos cuando - son parte en los mismos:

- a) Las personas físicas o morales de nacionalidad Mexicana.
- b) Los extranjeros residentes en México y las personas morales constituidas conforme a las leyes del país, establecidos en México.
- c) Las agencias o sucursales de empresas extranjeras establecidas en la República Mexicana.
- d) Los proveedores de la tecnología residentes en el extranjero.

Principiando con el cuestionamiento de el porqué de la obligación de las personas físicas o morales de nacionalidad Mexicana, diremos que la autoridad, como sujeto regulador de las relaciones ---

jurídicas de los Mexicanos, ha de observar las circunstancias y condiciones en que la tecnología se adquiere del extranjero, mediante el aviso que le dé el particular, teniendo la - autoridad para tal efecto, la prerrogativa de que en caso de que el particular no dé el aviso correspondiente, ese contrato no surtirá sus efectos ante ninguna autoridad.

En relación a los extranjeros residentes en México y las sociedades extranjeras con domicilio social en México, son estrechamente vigiladas por las autoridades Mexicanas, en virtud de su interrelación con fuentes o centros económicos del exterior, que en un momento podrían afectar la economía nacional, y mediante el aviso respectivo, se regulan las actividades comerciales de estos.

Las agencias o sucursales de empresas extranjeras, están igualmente obligadas a informar a la autoridad de sus actividades, - para que en esta forma, se eviten las anomalías antes mencionadas, y nuestro país no sea una "mina de oro" sujeta a explotación por los extranjeros.

Los proveedores extranjeros de tecnología, pueden también informar al órgano gubernamental respecto de su tecnología transmitida, y así nuestro país sabrá que tipo de ésta se encuentra disponible en el país, y las posibilidades de desarrollar la propia por los Mexicanos.

ALCANCE DE APLICACION DE LA LEY

Podríamos afirmar que el alcance de ésta ley, se extiende hacia casi la totalidad de las ramas de la industria.

Lo anterior tiene su fundamento jurídico en el artículo segundo de dicha ley, en relación con el artículo 9° del mismo ordenamiento, en virtud de que el primero mencionado hace que la aplicabilidad de la ley, sea tanto para la "industria técnica" como el comercio, ya que como es de todos conocido, cualquier empresa -- al iniciar o expandirse, necesita conocimientos necesarios para tal efecto, y en el comercio, los productos conocidos son los -- que se venden más, siendo estos conocidos por la marca que los representa, y si el dueño de ésta quiere una comercialización -- más amplia del producto, solamente concede el uso de la marca a su tercero y se establecerá un mercado más amplio, teniendo que celebrar un contrato para tal fin, mismo que será sujeto a revisión, según se desprende de la misma ley.

Igualmente, si una empresa quiere comercializar con algo novedoso, inventado por alguno de sus trabajadores, podrá dar él esa tecnología a un tercero para expandir más el producto, obvio es que también, mediante un contrato previo.

Como se podrá apreciar los contratos sujetos a registrar pueden ser de una gran variedad, sin embargo, en el artículo 9° se establece cuales son los contratos que no son inscribibles obliga

toriamente, indicando específicamente de qué tipo son estos, mismos que a continuación se señalan:

- 1).- Los relativos a la internación de técnicos extranjeros para la instalación de fábricas y maquinarias o para efectuar -- reparaciones.
- 2).- El suministro de catálogos, diseños o asesoría en general -- que se adquirieran con la maquinaria o equipos, y sean necesarios para su instalación, siempre que ello no implique la obligación de efectuar pagos subsecuentes.
- 3).- La asistencia en reparaciones o emergencias, siempre que se derive de un acto, convenio o contrato que haya sido registrado con anterioridad.
- 4).- La instrucción o capacitación técnica que se proporcione -- por instituciones docentes, por centros de capacitación de personal o por las empresas a sus trabajadores, y
- 5).- Las operaciones de empresas maquiladoras, se regirán por las disposiciones legales o reglamentarias que les sean aplicables. (11).

De lo anterior, se desprende que aquellos contratos que no están

(11) Ley sobre el Registro de la Transferencia de Tecnología y Uso y Explotación de Patentes y Marcas. Art. 9. Publicada en el Diario Oficial el día 30 de diciembre de 1972.

sujetos a inscripción, comprenden actos de carácter incidental, es decir, que establecen una sola obligación de hacer, y otra de dar.

Ahora bien, el ámbito espacial de validez de este ordenamiento es federal, afectando a diversas ramas del derecho, tales como son la civil, fiscal, administrativo, etcétera. Es menester ahondar sobre este tema en particular, mencionando primeramente, porque esta ley se adecúa a la materia fiscal, ejemplificando tal concepto:

Supongamos que una empresa extranjera decide contratar con una sociedad Mexicana, para que esta última manufacture un determinado producto, de cuyos derechos es titular la primera. Lógico es suponer, que la empresa extranjera cobrará regalías a la receptora de la tecnología, porque ésta económicamente se va a beneficiar al comercializar los productos en México. Se establece que el monto de dichas regalías será del 2% sobre el total de las ventas de la receptora. Cuando la empresa Mexicana venda \$ 60'000,000.00 de pesos en un mes, tendría que pagar a la otorgante \$ 1'200,000.00 en ese mismo mes, al efectuar el pago, lo reportaría a las autoridades fiscales a fin de que esta erogación no le sea tomada como ingreso y la autoridad tendrá que allegarse de los medios que considere necesarios para decretar la deducibilidad de los impuestos, siendo la pregunta necesaria: ¿Cuales son esos medios?

Como lo establece la ley que se comenta, si un contrato sujeto a inscripción no es inscrito, no será válido este ante ninguna autoridad (12), y por ende la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en este caso, exigirá la constancia de inscripción respectiva, y si la empresa sujeta al pago no la muestra, no podrá acreditar jurídicamente dicho pago, siendo procedente entonces la declaración de exigibilidad de la cantidad de \$ 1'200,000.00, mismos que nunca fueron para beneficio de dicha sociedad.

En la materia civil, un ejemplo clásico, siguiendo el anterior, sería el siguiente:

Si la otorgante de la tecnología observa que la empresa receptora ha ganado los \$ 60'000,000.00, estima entonces, que en virtud del contrato celebrado, es acreedora de \$ 1'200,000.00, mismos que reclama y no les son pagados. Entonces demanda ante el Juez de lo Civil, el cumplimiento del contrato de la receptora. El Juez admitirá la demanda, y ordenará se notifique personalmente a la demandada y se le corra traslado de dicha demanda con las copias de la misma, para que dentro del término correspondiente conteste la demanda.

En la contestación de la demanda, dentro de las excepciones y defensas se opondrá la de SINE ACTIONE AGIS, en virtud de que el contrato de mérito no es válido y por lo tanto, no se puede desprender de éste una acción legal.

(12) Ley citada. Art. 6. Publicada en 1972.



AUTORIDADES REGULADORAS

Como lo establece el artículo 1° de la Ley de 1972, se crea el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología, que estará a cargo de la Secretaría de Patrimonio y Fomento Industrial.

El mismo artículo, en su párrafo segundo, establece que el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, será el órgano de consulta.

De acuerdo a lo anterior, encontramos que existen 3 autoridades reguladoras, en lo que se refiere a la Transferencia de Tecnología, las cuales son:

- 1.- La Secretaría de Patrimonio y Fomento Industrial.
- 2.- El Registro Nacional de Transferencia de Tecnología.
- 3.- El Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología.

Por la importancia que revisten las dos primeras autoridades mencionadas, me avocaré al análisis de las mismas, dejando en un segundo término a la tercera, por ser ésta solamente un -- órgano de Consulta:

1.- LA SECRETARIA DE PATRIMONIO Y FOMENTO INDUSTRIAL.

Dentro de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, publicada el día 29 de Diciembre de 1976, en su artículo 26 encontramos el fundamento jurídico de la existencia de la Secretaría de Patrimonio y Fomento Industrial.

Asimismo, encontramos su facultad para intervenir en materia de propiedad industrial y regular la inversión extranjera y la transferencia de tecnología, en el artículo 33 fracción XIX, del mismo ordenamiento legal, siendo por esto que al crearse el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología cumple con la función a la que fué destinada.

Cabe hacer notar, que en el mismo artículo, de la fracción VIII a la XVII, se enumeran una serie de facultades, que se relacionan directamente con la producción industrial cuando afecte a la economía general del país, lo que en gran parte es el antecedente de dicho Registro.

2.- EL REGISTRO NACIONAL DE TRANSFERENCIA DE TECNOLOGIA.

De manera reiterativa, mencionaré algunas de las facultades concedidas a este organismo, por la ley de 1972.

- Recibir los contratos sujetos a inscripción de acuerdo a la ley de la materia.
- Estudiar dichos contratos, de manera que no se opongan a lo estipulado por dicha ley.
- Crear políticas sobre la aceptación de nueva tecnología en el país.
- Emitir constancias de inscripción, en su caso, de los contratos previstos en el artículo 2° de la ley, o bien emitir oficios denegatorios de la inscripción relativa, dando el aviso correspondiente a las autoridades respectivas.
- Emitir opiniones respecto de la consulta de particulares, en relación a la transferencia de tecnología.

Más adelante, me avocaré al estudio de las facultades que la nueva ley le otorga a esa dependencia, y así adecuarnos más a la realidad actual.

HIPOTESIS DENEGATORIAS DE LA INSCRIPCION DE LOS CONTRATOS Y ACTOS COMPRENDIDOS EN LA LEY.

En este tema, analizaré cuales son las cláusulas que no pueden estar en un contrato relativo a la transferencia de tecnología, comentando las más importantes:

- 1.- Las que de una manera u otra encaminan al adquiriente a - disponer de una tecnología que ya exista en el país, siempre que se trate de la misma tecnología.

Aquí podemos corroborar nuestras afirmaciones anteriores, - al manifestar que el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología cuidará de que no se den los casos de evasión fiscal, por ejemplo, o bien que nuestro país vaya desarrollando nuevas tecnologías, siendo por esto una buena hipótesis denegatoria de los contratos, por parte de la mencionada autoridad.

- 2.- Cuando el precio o la contraprestación no guarden relación con la tecnología adquirida o constituya un gravamen injustificado para la economía nacional.

Considero que esta hipótesis denegatoria, es fundamentalmente para proteger la economía de las empresas adquirientes de la tecnología, tratando de conservar el equilibrio tanto en la producción como en el dicho factor económico.

- 3.- Cuando en las cláusulas se deje entrever la obligación del adquirente de permitir al proveedor regular o intervenir directa o indirectamente en su administración.

Aquí definitivamente se protege al adquirente tecnológico, a fin de que no por el hecho de que algún ente jurídico le -- transfiera conocimientos, estará sujeto a un "vasallaje" y pierda el control de la empresa, que en caso de ser extranjero el proveedor, se pondría en cuestionamiento la Ley para Promover y Regular la Inversión Extranjera.

- 4.- Cuando se establezca la obligación de ceder, a título oneroso o gratuito, al proveedor de la tecnología, las patentes, marcas, innovaciones o mejoras que se obtengan por el adquirente.

Se trata de proteger el esfuerzo de los nacionales mexicanos, procurando conservar en el país la tecnología desarrollada -- por los mexicanos.

- 5.- Cuando se impongan limitaciones a la investigación o al desarrollo tecnológico del adquirente.

Por supuesto se persigue el impulso a la tecnología doméstica, es decir, la tecnología que se pueda llegar a desarrollar.

- 6.- Cuando se establezca la obligación de adquirir equipos, - herramientas, partes o materias primas exclusivamente de un origen determinado.

Se protege a los Mexicanos que potencialmente pudieran -- crear herramientas o partes o bien que ya estén produciéndolas, lo que en caso contrario, significaría una competencia desleal.

- 7.- Cuando se prohíba o limite la exportación de los bienes o servicios producidos por la adquirente, de manera contraria a los intereses del país.

Aquí encontramos una abierta protección hacia los intereses nacionales, toda vez que si se prohíbe la exportación perderíamos divisas extranjeras tan necesarias para el país.

- 8.- Cuando se prohíba el uso de tecnologías complementarias.

En este caso, se prevee la posibilidad de que la adquirente desarrolle su propia tecnología y no la pueda utilizar y mejorar los productos manufacturados con la tecnología originalmente adquirida.

- 9.- Cuando se establezca la obligación de vender de manera exclusiva al proveedor de la tecnología, los bienes producidos por el adquirente:

En el caso contrario, es decir, si no existiera esta hipótesis, no tendría objeto el tener esa tecnología en México, si no se da a conocer, para posteriormente implementarla.

- 10.- Cuando se obligue al adquirente a utilizar permanentemente personal señalado por el proveedor de la tecnología.

Con ésta hipótesis, se prevee el caso de que el proveedor extranjero no quiera utilizar personal mexicano y señale -- solamente extranjeros, acarreando por lo tanto, un secreto tecnológico que no se conocería en el país, no obstante que se esté pagando regalías por éste.

- 11.- Cuando se limiten los volúmenes de producción o se impongan precios de venta o reventa para la producción nacional o -- para las exportaciones del adquirente..

Igualmente que la hipótesis anterior, se trata de proteger a la empresa adquirente,, a fin de que tenga un efectivo crecimiento y desarrollo económico.

- 12.- Cuando se obligue al adquirente a celebrar contratos de venta o representación exclusivas con el proveedor de la tecnología,

en el territorio nacional.

Si no existiere esta hipótesis, se limitaría al adquirente tecnológico, evitando así su expansión en el mercado.

- 13.- Cuando se establezcan plazos excesivos de vigencia. En -- ningún caso los plazos podrán exceder de 10 años obligatorios para el adquirente.

Aquí se protege al adquirente, en cuanto a que no tiene -- por qué estar pagando indefinidamente regalías, aún cuando ya haya asimilado perfectamente la tecnología.

- 14.- Cuando se someta a tribunales extranjeros el conocimiento o la resolución de los juicios que puedan originarse por la interpretación o cumplimiento de los referidos actos, -- convenios o contratos.

Simplemente, protegen las facultades de las autoridades -- Mexicanas, para regular cualquier acto jurídico que surta efectos en el país. (13).

(13) Ley sobre el Registro de la Transferencia de Tecnología y Uso y Explotación de Patentes y Marcas. 30 de diciembre de 1972. (Publicación Diario Oficial).



PLAZOS PARA EL CUMPLIMIENTO

Por lo que respecta al cumplimiento de lo establecido por el ordenamiento legal en estudio, pasaré a explicar cada uno de los términos a que obliga el mismo, tanto al adquirente de la tecnología como el otorgante de la misma:

Comenzaré por señalar el término para la presentación de los contratos sujetos a registro, y de los cuales ya hemos visto -- sus características. El artículo 4 de la misma ley, establece que dentro de los sesenta días hábiles posteriores a la fecha de celebración del contrato respectivo, se deberá presentar ante la Secretaría de Patrimonio y Fomento Industrial, ahora inexistente, para que así se registre debidamente en el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología. Es menester hacer la aclaración que si dicho contrato se presenta dentro de tal término, surtirá sus efectos, efectivamente, a partir de la fecha de su celebración.

Sin embargo, el mismo numeral establece una hipótesis que consiste en que si el contrato respectivo no es presentado dentro del - multireferido término, este surtirá sus efectos a partir de la fecha de presentación ante la dependencia gubernamental señalada. Esto trae aparejada una serie de problemas de tipo fiscal como el que se ha dejado descrito anteriormente, es decir, la no deducibilidad de los pagos por parte del adquirente, en razón de no haber inscrito su contrato ante el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología.

Hay un segundo término de tiempo que establece la ley, que consiste en que después de la presentación del contrato, el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología, resolverá dentro de los 90 días hábiles, sobre la procedencia para la inscripción del contrato. (14).

En caso de que dicha entidad no conteste, el contrato se tendrá por aprobado e inscrito. Aquí es donde yo encuentro un problema:

¿Que sucede si el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología nunca contesta? ¿Con qué documento oficial se valida el contrato? ¿Con que documento se hace valer el contrato ante las -- autoridades que lo requieran?

Esta es una problemática que más adelante analizaremos, en virtud de que la actual ley de Transferencia de Tecnología, también contiene la misma estipulación en artículo diverso.

El tercer término que establece la ley, es el relativo al tiempo de interposición del recurso de reconsideración, el cual podrían solicitar las personas que se consideren afectadas por alguna resolución, dentro de los ocho días siguientes al que surta efectos la notificación correspondiente. (15).

(14) Art. 10. Ley Sobre el Registro de la Transferencia de Tecnología y Uso y Explotación de Patentes y Marcas. 1972.

(15) Art. 14. Ley sobre el Registro de Transferencia de Tecnología y Explotación de Patentes y Marcas. 1972.

Ahora bien, se establece otro término de tiempo, que es el que tiene la propia Secretaría para contestar el recurso de reconsideración, siendo este de 45 días, que una vez transcurrido éste - sin que medie resolución, el recurso se tendrá por resuelto a favor del promovente.

Hay un quinto término que se establece en los artículos transitorios, que se refiere a que los contratos celebrados en fecha anterior a la de iniciación de vigencia de la ley, deberán ajustarse a lo establecido por la misma, dentro de 2 años siguientes a la fecha en que entre en vigor ésta.

Asimismo, se establece otro término que es de 90 días siguientes a la fecha en que entre en vigor la ley para que se presenten ante el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología, los contratos sujetos a inscripción de acuerdo al artículo 2 de la referida Ley, a fin de que se tome nota de la existencia de los mismos.

Existe aún, otro término, que es de suma importancia que se encuentra establecido en el artículo 6° transitorio, que es el relativo a los casos de contratos que hubieren sido celebrados con anterioridad a la fecha de iniciación de vigencia de la ley, la resolución de la Secretaría de Patrimonio y Fomento Industrial sobre la procedencia o improcedencia de la inscripción en el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología, deberá dictarse dentro de los 120 días siguientes a aquel en que presenten dichos documentos.

SANCIONES

En esta ordenanza, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 30 de Diciembre de 1972, no establece alguna sanción de carácter pecunario, sin embargo, establece que los contratos que no hayan sido inscritos ante el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología, no producirán ningún efecto legal y en consecuencia, no podrán hacerse valer ante ninguna autoridad y su cumplimiento no podrá ser reclamado ante tribunales nacionales.

(16).

Asimismo, se establece que carecerán de validez legal y su cumplimiento no podrá ser reclamado ante los tribunales nacionales, los contratos cuya inscripción se hubiere cancelado por la Secretaría antes mencionada.

Así tenemos, que estas causas son las que toma como sanciones la Ley, no estableciéndose alguna otra, a diferencia de la Ley vigente.

(16) Art. 6. Ley citada. Publicada en 1972.

### RECURSOS

Se establece el recurso de reconsideración, el cual se substanciará de la siguiente manera:

Las personas que se sientan afectadas por alguna resolución, podrán interponer dicho recurso dentro de los 8 días siguientes al que surta sus efectos la resolución correspondiente.

El recurso se deberá presentar por escrito ante la propia Secretaría.

En el mismo escrito, deberán ofrecerse las pruebas y acompañarse las que obren en poder del interesado. No se administrarán como pruebas la testimonial y la confesional.

Desahogadas las pruebas, deberá dictarse la resolución dentro de los 45 días siguientes.

Este es el único recurso que establece la ley en estudio.

### JURISPRUDENCIA

En cuanto a que existe jurisprudencia respecto de la ley que se comenta y su aplicabilidad en cuanto a su carácter retroactivo, pasaré a mencionar lo siguiente:

Me refiero al carácter retroactivo, toda vez que la Ley es aplicatoria retroactivamente, algunas veces en perjuicios de personas tanto físicas como morales.

Dentro de tal aplicación, puedo referirme a un contrato que se haya celebrado con anterioridad a la iniciación de la vigencia de la misma ley, y en caso de que éste contuviera cláusulas contrarias a las estipulaciones del referido ordenamiento, dichas cláusulas serían sujetas a una modificación, lo que traería aparejada tal vez, una afectación en la esfera jurídica de los contratantes.

Lo anterior se comenta en virtud de lo establecido en el primer párrafo del artículo segundo del ordenamiento legal invocado, que al hacer obligatorio el modificar los contratos y afectar a alguna persona, es violatorio de las garantías consagradas en nuestra constitución política, por el carácter retroactivo de aplicatoriedad de una ley.

Entonces tenemos que muchos de los afectados al aplicarse retroactivamente una ley en su perjuicio, solicitaron el amparo y --- protección de la Justicia Federal, concediéndoseles a la mayoría de los quejosos, por las razones antes expuestas.

Por lo que respecta a otros artículos de la ley, se ha observado por nuestros tribunales de amparo, que no existen violaciones a las garantías individuales de los gobernados.

Con lo anterior tenemos un breve análisis de la jurisprudencia que existe respecto de la ley comentada, a diferencia de la ley reformada que viola algunas garantías, mismas que se comentarán más adelante en el transcurso de este trabajo.

#### IV. LA NUEVA POLITICA GUBERNAMENTAL EN MATERIA DE LA INDUSTRIA INFORMATICA EN MEXICO.

##### 1.- Antecedentes.

La informática se inicia en nuestro país a finales de la década de los años cincuenta. A mediados de la década siguiente se generaliza su utilización, registrándose desde entonces, altas tasas de crecimiento anual sostenido, que se aceleraron a partir de 1978, como consecuencia de la liberación de importaciones, la disponibilidad de recursos financieros y el advenimiento comercial masivo de las mini y micro computadoras, así como del software. Como el crecimiento de esta actividad se dió básicamente en función de las prácticas comerciales de las principales empresas, y al no existir una política gubernamental que la orientara conforme a las necesidades y posibilidades del país, dicho crecimiento fué desordenado y anárquico, ocasionando las siguientes consecuencias:

- a) Se generó un proceso de descapitalización, ya que la importación creciente de bienes y servicios informáticos, ha tenido un costo muy elevado y ha significado una importante salida de divisas que crece anualmente, contribuyendo así a aumentar el déficit de la balanza de pagos.



- b) Se generó un proceso de dependencia tecnológica de un solo país, sin que se hubiera previsto un esquema de asimilación de la tecnología importada, sin que garantizara la continuidad de los servicios con recursos y medios propios y cualesquiera circunstancias: La falta de suministro de partes y refacciones. Así como del mantenimiento de los equipos instalados, ocasionaría en muy corto plazo el desquiciamiento de las actividades económicas y de los servicios públicos y privados, con la consecuente alteración estratégica de esta tecnología y el riesgo de que se utilice como un mecanismo de presión política.
- c) El acelerado avance de esta tecnología ha superado la capacidad administrativa para utilizarla eficientemente, por lo cual se puede afirmar que la capacidad instalada se encuentra subutilizada o se utiliza de manera insuficiente.
- d) En lo que corresponde a los recursos humanos especializados, éstos han sido y son insuficientes por las mismas causas: El rápido cambio tecnológico que lleva la obsoletización de los conocimientos, la demanda de personal especializado que genera el mismo crecimiento de la actividad informática y que al no ser satisfecha provoca el desquiciamiento de los salarios y la alta rotación del personal. ( 17 ).

( 17 ) La Informática y el Derecho. S.P.P. INEGI. 1983. p.p. 38.

Los avances obtenidos en los primeros intentos para establecer un mecanismo que permitiera formular una política gubernamental en informática se llevaron a cabo en la Secretaría de la Presidencia, que por medio de la Comisión de Administración Pública, presidida por el licenciado José López Portillo, realizó un diagnóstico global y, en 1968, determinó integrar una secretaría técnica permanente, como órgano de estudio y apoyo, con el objetivo de promover a través de la participación de diferentes especialistas, el análisis de las funciones administrativas. Uno de los grupos de estudio constituido, se avocó a la evaluación de la informática. Durante el periodo del licenciado Luis Echeverría se institucionalizó este análisis en la Dirección General de Estudios Administrativos de la Secretaría de la Presidencia de la República, mediante la constitución de comités técnicos consultivos, los cuales funcionan como asesores de la Presidencia de la República en esta materia.

Uno de los avances iniciales fué la publicación del documento - Bases para el Programa de Reforma Administrativa del Poder Ejecutivo Federal 1971-1976, en el que la informática constituyó uno de los programas fundamentales.

El primer paso importante se da durante la administración del licenciado José López Portillo, al integrarse la Secretaría de Programación y Presupuesto y asignarsele la responsabilidad de coordinar la política gubernamental en informática para la Admi

nistración Pública. Las primeras acciones en materia de política informática se orientaron a resolver los problemas más urgentes, para lo cual fue preciso elaborar estadísticas básicas, un inventario de recursos materiales y humanos y un diagnóstico de la informática en México, que permitió comparar el grado de desarrollo alcanzado con el de otros países. En la actualidad se está racionalizando la adquisición y el uso de bienes y servicios informáticos en el sector público; se han mejorado las condiciones de contratación con los proveedores y se han modificado las fracciones arancelarias, ajustándolas a las características actuales de los equipos. Asimismo, se han organizado foros sobre formación, capacitación y administración de centros de cómputo. Como mecanismos de apoyo a la implantación de la política informática, se consolidó el Comité Técnico Consultivo de Unidades de Informática de la Administración Pública Federal y se constituyó el Comité de Informática de la Administración Pública Estatal y Municipal.

En el inicio de una segunda etapa de la implantación de la política informática, se tomaron decisiones importantes que requieren de un impulso decidido del Ejecutivo Federal y la coordinación efectiva de varias dependencias gubernamentales para alcanzar sus objetivos. Destaca el Programa de Fomento a la Manufactura de Sistemas de Cómputo Electrónico, elaborado por la Secretaría de Patrimonio y Fomento Industrial. Este programa está destinado a que la fabricación de computadoras en México sea una industria competitiva, para lo cual se exigen tres compromisos principales a los productores: un grado de integración nacional creciente, un saldo de -

divisas positivo y la aportación de tecnología local. Por otra parte se está integrando, conjuntamente con la Secretaría de Comercio, una política de adquisiciones para la Administración Pública Federal, que se relaciona con: la formulación de contratos únicos para estandarizar los términos y condiciones aplicables a todas las empresas proveedoras; el procedimiento general a seguir por las dependencias y entidades y la revisión, registro y vigilancia de los precios de los bienes y servicios informáticos para la Administración Pública Federal. (18).

(18) Discurso del Lic. Joaquín Alvares. Foro Hotel Aristos. Mar. 1985 MEXICO.

2.- Programa de Fomento Manufactura de Sistemas Electrónicos de Cómputo.

Durante 1982, varias dependencias de la Administración Pública Federal y un número importante de empresas relacionadas con la producción de equipo informático hicieron esfuerzos para establecer un marco jurídico-administrativo adecuado para el desarrollo de la industria informática. Conjuntando sus recursos tecnológicos y de gestión, crearon el primer instrumento gubernamental orientado específicamente al apoyo de las actividades industriales de informática, denominado Programa de Fomento para la Manufactura de Sistemas Electrónicos de Cómputo, sus Módulos Principales y sus Equipos Periféricos.

Este programa que fué publicado en el Diario Oficial de la Federación, se encuentra dentro de los criterios que señalaron las entonces Secretarías de Patrimonio y Fomento Industrial, Programación y Presupuesto, Comercio y Hacienda y Crédito Público, para alcanzar los objetivos establecidos en el Plan Nacional de Desarrollo Industrial, en el que la fabricación de bienes de capital constituye una de las prioridades nacionales.

El programa de fomento para la fabricación de equipo de informática en el país incluía los estímulos ofrecidos por el Gobierno Federal a la fabricación de bienes de capital, según se estableció en el programa de fomento para la fabricación de bienes de -

capital publicado en el Diario Oficial el 10 de Septiembre de 1981, así como los compromisos específicos que adquirían las empresas para la producción de dichos bienes, orientados tanto al consumo interno como a la exportación, en cuyos lineamientos de política se indica que el Gobierno Mexicano apoya la producción nacional de sistemas electrónicos de cómputo, sus módulos principales y sus equipos periféricos, la formación de recursos humanos, la investigación y desarrollo, la normatización y demás medidas que permitan hacer congruente el impulso a esta rama industrial con la expectativa del desarrollo nacional. Dicho programa es uno de los instrumentos de una política por la que el sector público y el sector privado nacional compartan la responsabilidad de ampliar la estructura industrial en un campo cuya sofisticación tecnológica requiere de una concepción abierta a la influencia y participación del sector externo.

Como parte de los objetivos se estableció que este vehículo de promoción industrial era parte también de un sistema de fomento para otros sectores industriales relacionados con la informática, de manera enunciativa, los componentes microelectrónicos, dispositivos de telecomunicaciones, sistemas de control de procesos industriales, programación de base y de aplicaciones, suministros de informática, refacciones y otros.

Mediante su ejecución, el programa debe satisfacer aceptablemente la demanda local con productos que tengan un creciente contenido de bienes y tecnología nacionales y acabar con el papel pasivo que han tenido la tecnología y la asistencia técnica nacionales en el contexto de la innovación y del comercio mundial.

El programa clasifica los productos por desarrollar en cuatro grandes grupos: micro, mini y macrocomputadoras, así como sus equipos periféricos. Establece para cada uno de estos grupos las metas por alcanzar, los apoyos que serán suministrados con base en el Plan Nacional de Desarrollo Industrial y en las disposiciones complementarias y relativas a estímulos fiscales para el fomento a la inversión y el empleo; precios diferenciales para el consumo de energéticos; crédito fiscal a los compradores de los sistemas fabricados nacionalmente; crédito fiscal por la adquisición de componentes nuevos de fabricación nacional; y una política de protección comercial basada en el permiso previo a la importación, en un nivel adecuado de aranceles, así como en el establecimiento de cuotas de importación, diferenciando a las empresas fabricantes inscritas en el programa de las compañías distribuidoras de producto importado; el programa también incluye estímulos a la equipación de productos manufacturados, asesoría técnica y comercial del Instituto Mexicano de Comercio Exterior, estímulos fiscales para la creación de laboratorios y empresas tecnológicas y para la adquisición de partes y componentes de empresas maquiladoras.

Por otra parte, los compromisos de los sectores productivos comprenden: la desconcentración territorial de las actividades industriales; la presentación de un calendario que especifique la - - creación de nuevas fuentes de empleo durante un período de 3 años; tener, en la estructura del capital de la empresa, un mínimo de 51% de capital nacional, respetándose el acuerdo y resolución particular de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras para - empresas ya establecidas con mayoría de capital extranjero, las - que podrán dedicarse a fabricar sistemas electrónicos de cómputo - exclusivamente con capacidad de mini o macrocomputadoras.

Asimismo, las empresas se comprometen a fabricar productos que - cuenten con los últimos adelantos tecnológicos; a invertir en in- - vestigación desarrollo experimental y comercialización de produc- - tos; a acudir a los centros de investigación y desarrollo en el extranjero para conocer los avances y, al mismo tiempo, asegurar un grado importante de independencia tecnológica en los productos y los procesos; y a capacitar en forma continua al personal re- - lacionado con el diseño, la investigación y desarrollo, la pro- - ducción y el área administrativa.

Las empresas se comprometen también a fabricar sus productos con las normas de calidad establecidas en el país; a cumplir con las disposiciones fijadas en lo referente a uso y explotación de pa- - tentes y marcas; a presentar un calendario de producción por un período mínimo de 3 años; y a satisfacer los grados de integra- - ción según el producto que fabriquen, así como compensar con ex- - portaciones sus pagos al exterior mediante un presupuesto de di-



visas. De igual forma, podrán participar en dicho programa las maquiladoras de exportación, si satisfacen los requerimientos - establecidos.

De acuerdo a información suministrada por la entonces llamada - SEPAFIN, hasta 1982 se encontraban con registro certificado - - autorizado para manufactura de sistemas electrónicos de cómputo y periféricos 35 proyectos, de un total de 51 presentados, lo -- que mostró claramente el interés que despertó este programa y - el esfuerzo que han realizado las empresas por incorporarse a - la producción nacional. ya que a pesar de las dificultades econó- micas por las que atraviesa el país, les ha sido factible ajustar su operación a los términos de este instrumento de promoción in- dustrial.

Lo anterior no significa que todos los problemas que afronta el mercado de la informática en México estén resueltos; por el con- trario, existe un conjunto de condiciones que deberán satisfa- cerse, tanto en lo interno como en el mercado internacional, a efecto de poder llevar adecuadamente a la práctica los planes - Ya aprobados. De manera relevante pueden citarse entre los - - principales, la disponibilidad de divisas, la capacidad del mer- cado nacional en la actual situación de la economía, la obten- ción de los insumos de importación necesarios para la producción de los equipos señalados y los requerimientos de gestión que -- permitan a la empresa nacional salir adelante en sus planes de producción y prestación de servicios complementarios para tales productos.

Tanto las empresas, en forma individual, como las organizaciones que las representan deberán analizar las medidas económicas recientemente tomadas relativas a la obtención de dólares al tipo preferencial, y las medidas concernientes a la importación de productos informáticos y a los mecanismos que permitan ofrecer en el exterior los productos que se fabriquen en México, esto último con el apoyo que prestan instituciones como el Instituto Mexicano de Comercio Exterior, a fin de adecuar sus operaciones a las medidas de política económica y monetaria.

Convendrá también en las empresas y organizaciones empresariales que las agrupan y demostrar la importancia que tiene y tendrá en el futuro la industria electrónica en general y, en particular, la involucrada en el proceso de información, con el propósito de obtener líneas de crédito suficiente y barato de la banca nacionalizada, cuya estructura actual permitirá que algunas instituciones nacionales de crédito se avoquen a los problemas de financiamiento de las industrias de alta tecnología.

Será necesario también que se precisen las diversas formas en que el Instituto Nacional de Productividad podría apoyar tanto la operación económica en el giro de la informática, como mejorar, con apoyo a ésta, las condiciones de productividad de las empresas industriales y de servicios del país.

Por otra parte, será necesario que el usuario de los productos fabricados en el país, las instituciones gubernamentales y las empre

sas privadas, reconozcan el esfuerzo realizado para la producción nacional de estos productos y los consideren prioritariamente en la búsqueda de satisfactores para sus necesidades de proceso de información. El acercamiento entre el consumidor potencial de estos productos y la empresa productora registrada en el Programa de Fomento deberá contemplar una oferta de equipo informático de calidad y estándares de servicio internacionales, ya sea por el fabricante directo o por distribuidores en el país que colaboren a una mejor distribución territorial de los recursos informáticos nacionales.

Como una de las medidas de apoyo gubernamental para el logro de los objetivos del citado programa, la SPP conjuntamente con la Cámara Nacional de la Industria Electrónica y de Comunicaciones Eléctricas, organizaron para el mes de noviembre de ese año, dos reuniones de trabajo en las que los responsables de las unidades informáticas de la Administración Pública Federal y de la Administración Pública Estatal y Municipal, respectivamente, conocieron en forma directa de los directivos de las empresas anteriormente señaladas, las principales características del producto que ya fabricaban o fabricarían en México, así como observar su funcionamiento en la exposición que se presentó de manera simultánea.

Dichas reuniones permitieron que las decisiones de adquisición de las dependencias y entidades públicas contemplaran adecuadamente los productos de fabricación nacional.

Las condiciones antes señaladas en las que debe darse el desarrollo actual de la informática permiten concluir que, si bien está ante una situación difícil, es factible resolverla. El es fuerzo que están haciendo las empresas inscritas en el programa debe convencer a muchas más que operan en el mercado nacional sobre las posibilidades que presenta la industria de la in formación, y debe propiciar una mayor coordinación gubernamental en apoyo a dicho programa de fomento industrial, así como la búsqueda de soluciones conjuntas entre autoridades, fabri-- cantes y usuarios, para continuar utilizando ésta tecnología - en apoyo al desarrollo de México. (19).

### 3.- Control del Hardware y Situación del Software.

En el presente capítulo se señalará lo relativo a los contratos informáticos, de los cuales hemos tratado anteriormente, y abundaremos más adelante. Así después de los contratos informáticos y de la protección jurídica de los programas de computadora (software) se presentará la problemática de los delitos informáticos, para finalmente introducir los temas de la privación de los flujos de datos transfronterizos.

#### Los Contratos Informáticos.

Los contratos informáticos constituyen un excelente ejemplo para demostrar el hecho de que no existe una distinción específica -- del derecho informático, el cual merece distinguirse de otras ramas del derecho no por su carácter jurídico especial sino por su objeto: la informática y el uso de la misma, lo cual da lugar a todo tipo de problemas y conflictos jurídicos. Así, en primer lugar, se puede constatar que los contratos informáticos no constituyen una figura jurídica especial, dado el hecho de que en -- los contratos para la adquisición, uso, etc., de algún bien o servicio informático se aplica el derecho privado normal. Sin embargo, lo que motiva y justifica señalar los contratos informáticos como un fenómeno jurídico especial es, en término general, la complejidad de los problemas que tales contratos suelen presentar.

Esta complejidad, y por lo tanto la importancia que muy a menudo presentan los contratos informáticos, descansa en la complejidad de la misma informática y sus herramientas (hardware, software, especialistas y técnicos informáticos, etc.) y sus usos prácticos. Además, está el hecho de que -a pesar de la reducción considerable de los precios de los equipos- la informática en su conjunto sigue representando un gasto considerable en términos absolutos y relativos para los usuarios que pagan los contratos. Esto y la función operativa central y decisiva que tiene la informática para los usuarios, le da a la informática una importancia estratégica desde el punto de vista de los usuarios y sus actividades, lo cual repercute en la importancia determinante que tienen los contratos informáticos y el derecho en este renglón - en particular, sobre todo por que los contratos informáticos se realizan en una situación estructuralmente desequilibrada en la que se enfrenta un comprador en desventaja ante un vendedor poderoso y sofisticado.

Es decir, muchas veces, por ejemplo, el comprador realiza por primera vez la compra de un equipo y por lo tanto, ya por definición, está en desventaja frente al vendedor que casi no hace otra cosa que contratos de este tipo y que por lo tanto logra dominar al comprador en lo que se refiere a la definición del contrato. Un comprador que hace un contrato por segunda o tercera vez no se encuentra en situación realmente mejor porque nunca alcanza el mismo nivel de experiencia jurídica que el vendedor, además está el hecho de que debido al avance tecnoló-----

gico tan rápido, se presentan cada vez nuevos aspectos.

A nivel técnico, es decir, en lo que se refiere al dominio de la informática, el comprador tiende a encontrarse en una situación de desventaja similar frente al vendedor, lo que conduce a una situación más bien absurda, aunque completamente normal, en la compra-venta de equipos informáticos y soportes lógicos, en la que el vendedor llega a determinar a menudo, a través -- del análisis de sistemas que él hace, los requerimientos del -- comprador respecto a las características, la capacidad, etc., del sistema en cuestión. Es decir, el vendedor suele definir para el comprador lo que éste requiere, lo cual tiende a coincidir inexplicablemente con lo que el vendedor puede y quiere ofrecer al comprador. Además, en muchos casos el comprador -- es una empresa u otra entidad privada o pública menos grande y más vulnerable que las empresas vendedoras de equipo. Y por -- último, el comprador tiende a depender más del buen resultado técnico del contrato informático que el vendedor del resultado financiero a nivel del caso individual.

Todo esto agrega una complejidad e importancia particular a -- los contratos informáticos, a pesar de estar regidos en gran -- medida por las normas jurídicas generales. Además surgen -- obviamente problemas jurídicos tan particulares a nivel de las cuatro categorías principales de los contratos informáticos -- los contratos de equipo (hardware), los de soporte lógico --- (software), los de personal informático y los contratos de ser

vicios que resultan realmente difíciles de solucionar con base en el derecho general. Por lo tanto, si existe una necesidad de completar la legislación y reglamentación general con medidas específicas, las cuales constituiran un derecho genuinamente informático.

De tal manera resulta particularmente importante que el Estado, con base en su función general de rector de la economía y de tutor de los intereses de los usuarios nacionales, proteja y defienda a los compradores nacionales que se encuentran estructuralmente en desventaja frente a los proveedores, a menudo muy poderosos y hasta oligopólicos, que en la mayoría de los casos son extranjeros. Además, el Estado en su conjunto tiene así la posibilidad de aprovechar su propia experiencia de ser el usuario más importante y por ende el más experimentado en la contratación informática para definir y formular la legislación y reglamentación referente a la contratación (condiciones de importación, topes máximos de precios, garantías y demás condiciones generales de los textos, no aplicabilidad de cláusulas y normas de derecho extranjero, etc.), de manera tal que no sólo los usuarios públicos, sino también los usuarios privados puedan implícita e indirectamente participar y sacar provecho de esa experiencia. (Véase también Cap. IV 2 y 3). Al determinar las reglas jurídicas del juego, el Estado puede de manera general reajustar el desequilibrio existente entre usuario y proveedores de bienes y servicios informáticos. Sobra señalar que los



contratos informáticos, fuera del aspecto de importancia estratégica que se planteó aquí, presentan además un sinnúmero de problemas jurídicos de carácter técnico, los cuales no es posible tratar en este documento.

#### Los Delitos Informáticos.

Es indudable que la tecnología informática es un factor que contribuye a obtener eficiencia administrativa e industrial, pero desafortunadamente también es un nuevo campo potencial para la delincuencia, ya que el uso fraudulento de las computadoras ha provocado la necesidad de tipificar los delitos que pueden cometerse con la ayuda de la informática y demás tecnologías de la información modernas, principalmente las telecomunicaciones en tanto que sirvan para la teleinformática y la telemática en general.

#### El Fenómeno del delito Informático.

Con la expresión delitos informáticos se hace referencia a la variedad de actos delictuosos que pueden cometerse con la ayuda de la informática y técnicas anexas.

Existen precedentes que confirman el alcance potencial delictivo de la utilización fraudulenta de las redes de teleproceso y de los bancos de datos, particularmente en los países de mayor desarrollo para fines de control financiero.

Aunque resulta obvio el potencial delictivo en el contexto económico, habrá que destacar también una mayor preocupación hacia la vulnerabilidad de los valores humanos y de la soberanía de los países que puede implicar la comisión de estos delitos, lo cual puede presentarse al dejar escapar datos clasificados, o que debieran serlo, y servirse de ellos en forma indebida.

Se manifiestan ya algunas conductas delictuosas, auxiliadas por el uso de las computadoras y aún amparadas por ellas, delitos que tienden a encubrirse con el silencio técnico. No obstante, se observa que los casos de fraude por computadoras han aumentado, y en general los delitos informáticos se incrementan en virtudes de la gran difusión y el creciente acceso a computadoras personales y baratas.

A continuación se presentan algunos aspectos de este fenómeno:

La proliferación de centrales de cómputo a las cuales se puede tener acceso por líneas telefónicas enfrenta la amenaza de ser aprovechada por usuarios delictuosos que tratan de obtener información clasificada mediante terminales conectadas a tales centros.

La transferencia electrónica de fondos se ve amenazada, principalmente en los bancos.

Los registros almacenados en computadoras pueden ser destruidos operando una terminal con fines delictuosos como pasó con la computadora principal de la Universidad de Berkeley, California, en donde un estudiante de solamente 15 años de edad destruyó información valiosa.

Algunos estudiantes de la Universidad de Dalton, en el Estado de Nueva York, demostraron la amenaza a la propiedad privada que representa el uso indebido de las computadoras. Los estudiantes crearon un programa que los identificó electrónicamente como usuarios de alta prioridad en la corporación Pepsi Co. Inc., y obtuvieron control de la computadora principal, distorsionando sus operaciones.

Los programas que fueron diseñados para restringir el acceso a los archivos computarizados pueden volverse obsoletos ante la proliferación de expertos en informática de alto nivel. Esta información estaba segura antes, cuando las computadoras estaban seguras antes, cuando las computadoras eran todavía un misterio. Sin embargo, la computadora y su uso generalizado ya democratizó el crimen de oficina, que se hace posible a nivel de los empleados.

Se ve que el formidable poder de la computadora puede usarse para vencer las defensas de su instalación. En computadoras interconectadas resulta relativamente fácil el envío de otro soporte lógico con intereses ajenos a los del propietario del sistema insta

lado. El soporte lógico puede dar instrucciones al sistema para buscar, seleccionar y copiar el acercó de datos que se tratan de robar en alguna parte o en todo el sistema. El delito puede -- quedar impune cuando el mismo programa pirata le ordena al sistema remover toda huella de esta operación sin dejar ningún rastro.

Todavía existen corporaciones que contemplan la seguridad de sus computadoras tan sólo protegiendo físicamente el recinto en donde se guardan. Los altos ejecutivos están muy agobiados con la complejidad real o aparente de las computadoras y su uso generalizado, lo que hace que, en cierto modo, pequen de negligencia involuntaria. Esta situación plantea el problema de protección a la información, que en el sentido en que se toma aquí, es en forma general, es decir con un conjunto de medidas posibles de reglamentarse, para contrarrestar la posible comisión del delito informático.

#### Tipificación del Delito Informático.

Los tratadistas franceses tipifican al delito informático en cuatro clases, a saber:

- Robo de tiempo de Computadora: la mayoría de las computadoras no funcionan a plena capacidad, por lo que el delincuente puede hacer funcionar un sistema para su provecho personal o de un tercero durante un determinado tiempo sin peligro aparente para la empresa propietaria.

- Manipulaciones diversas:

De entrada-salida: modificación de los soporte de información para introducir cuentas de crédito ficticias, etcétera.

De consola: repetición de informaciones concernientes a créditos, etcétera.

De programa: programas de bloqueo para evitar el corte de ciertas cuentas, de determinación en la suma mayor o inferior, de percepción de intereses ficticios, de pago de cheques a beneficiarios ficticios, etcétera.

De hardware: modificación en las características de un sistema, etcétera.

- Sabotaje: alteración de datos o destrucción material.

- Divulgación o apropiación de datos informatizados, técnicos o nominativos, protegidos por la vía del secreto: robo de programas, venta de ficheros, etcétera.

Aparte de Francia, los países europeos más adelantados en este tipo de estudios son los de habla alemana. En los Estados Unidos de América estos delitos tienen una clasificación particular, y existe un proyecto legislativo para introducir en el código penal una sección denominada fraude por computadora, previéndose -

una pena de hasta 5 años de prisión en la comisión de dichos delitos en la administración: manipulación de datos, robo de tiempo, destrucción de información y robo de material por extensión.

Como características generales de los delitos informáticos se tienen:

- Las consecuencias económicas son generalmente considerables, con un riesgo psíquico reducido para el autor del delito y sin violencia en la gran mayoría de los casos.
- La personalidad del delincuente y la preparación del delito son muy originales, debido a la creatividad y sofisticación técnica necesarias para realizar tales delitos.
- Las cuestiones de culpabilidad, tentativa y complicidad tienen un carácter menos concreto que en la criminalidad clásica.
- El delito informático es una realidad sociológica bien diferenciada que tiende a convertirse en una categoría jurídica especial.

#### Medidas Preventivas.

Los delitos informáticos deben integrarse en un marco jurídico, que debe llegar a tener no sólo la caracterización del delito -

en sí, sino también señalar responsabilidades legales a los involucrados de los distintos niveles (administradores, usuarios, proveedores, técnicos informáticos, etc.), y llegar a establecimientos de penalidades aún para las personas que siendo directivos, no se preocupan y omiten su obligación de establecer controles internos adecuados.

Las instituciones y compañías usuarias, sobre todo de equipos y sistemas sofisticados de computación, tienen cada vez más interés de proveerse con cualesquiera medios a su alcance para la posible protección que puedan adquirir, la cual en ninguno de los casos es ciento por ciento exitosa, pero los altos funcionarios y ejecutivos tienen normalmente en su línea de responsabilidad usar cuantas medidas precautorias estén a su alcance y éste, -- por lo tanto, resulta un punto de interés legal para determinar en cualquier situación jurídica que se presente, si hubo o no negligencia de parte de los directivos de una empresa.

En la actualidad, los controles que existen para la operación de computadoras tienen una protección menor que otros aspectos de la operación de trabajo. Al respecto, conviene definir medidas preventivas que se pueden aplicar al personal informático, a los aspectos técnicos de esta actividad, a las consideraciones administrativas entre los usuarios y proveedores de servicios y, finalmente, a las relacionadas con el campo jurídico en particular.

### Medidas preventivas al personal.

La comisión de delitos informáticos se origina obviamente en el propio ser humano. Conviene por tanto apuntar, en primer término, algunas de las medidas que podrían ser establecidas para la prevención de la delincuencia informática, tanto en dependencias públicas como en empresas privadas.

Este tipo de medidas deberán tender a precisar los alcances de ciertas acciones realizadas por el personal directamente involucrado en la prestación de servicios informáticos o por el personal usurario de los mismos, a fin de que no quede a discreción de las áreas de personal o de los propios intereses la interpretación de tales acciones como actos delictivos.

- Una primera medida sería que la constitución del "contrato de trabajo" con un operador, supervisor de sistemas de cómputo, o algún otro empleado con funciones en la informática tuviera una importancia jurídica capital. Naturalmente las leyes ya existentes aplicables a contratos abarcan en su pertinencia legal este tipo de convenios, sin embargo, se necesita un enfoque jurídico nuevo y más amplio, que caracterice los nuevos delitos y establezca sus respectivas penalizaciones.

En la medida de lo posible el clausulado de tal contrato de trabajo deberá precisar que funciones tendrá que desempeñar -



el empleado, que información podrá manejar y cuál debe tratar confidencialmente y que acciones serían consideradas por la institución o empresa como faltas. Cuanto más precisa sea la definición del puesto por desempeñar y más claras las tareas que deba realizar el técnico o administrador contratado, se tendrá una mayor garantía de que no se cometan delitos por la persona contratada. El mismo contrato definiría, de manera explícita, la responsabilidad asociada a cada uno de los puestos de la organización y permitirle también precisar factor como negligencia o una intención específica en caso de conflictos.

Al entrevistar a un candidato a tener acceso a los sistemas y computadoras de una negociación o entidad, es de suma importancia evaluar sus características morales como una medida más para prevenir los delitos informáticos.

Con el fin de señalar campos de derecho dentro de la práctica de la informática, el personal involucrado en el manejo de equipos sofisticados de computación, necesitaría tener un código de ética como salvaguarda ante las tentaciones y posibilidades que se le presentaran en dicho manejo.

- Una segunda medida puede consistir en una adecuada definición global de funciones de los puestos de una organización que puedan estar en contacto con la actividad informática. Esto permite establecer claramente las responsabilidades en todo el proceso informático, desde la obtención de los datos fuente hasta el aprovechamiento de la información procesada, estableciendo en cada etapa de este proceso las diferentes responsabilidades en juego, entre las que deberían incluirse el acceso a la información procesada parcial o totalmente, las líneas de coordinación y autoridad en materia de seguridad de la información y de las instalaciones, contactos con personas fuera de la organización, etcétera.
- Una tercera medida que indudablemente contribuiría a mantener una organización sana y eficaz, es la adecuada capacitación del personal que la integra. En numerosas ocasiones el desconocimiento de las funciones de la organización, de componentes de orden técnico involucrados en el proceso, o de métodos y procedimientos de trabajo puede dar lugar a la comisión de faltas o delitos aún de manera involuntaria.

Una adecuada capacitación, en los diferentes niveles de la organización, acerca de las diferentes responsabilidades involucradas en el proceso de tratamiento de la información (que abarcaría los aspectos técnicos que contribuyen a garantizar la seguridad de la información de la institución ya sea por

medios físicos, por ejemplo, equipo especializado en el cifrado a codificación de mensajes, o mediante el soporte lógico -- básicos del equipo utilizado o el correspondiente a las aplicaciones de la institución), y un conocimiento claro de los riesgos de difusión no autorizada o de pérdida por deficiencias en los equipos o sistemas, contribuirán indudablemente a reducir el potencial de comisión de faltas y mantendrá a todos los -- miembros de la organización al tanto de sus responsabilidades y las de los demás.

#### Medidas preventivas de orden jurídico.

- Resulta de importancia fundamental el establecer una tipificación adecuada del delito informático haciéndolo explícito en -- los ordenamientos que corresponda y propiciando las interpretaciones adecuadas a la legislación en donde se considere necesario.

Tal actividad deberá incluir también aquellos elementos que en un momento dado puedan modular la comisión de delitos, elementos entre los que se desea destacar la intención y la negligencia o imprudencia.

- Tiene también importancia la optimización del procedimiento jurídico que permite manejar situaciones en donde presuntamente se ha cometido un delito informático; procedimiento en donde -

los aspectos técnicos pueden llegar a jugar un papel relevante. En ocasiones podría ser necesario analizar programas específicos de computador para determinar la forma en que fue cometido un delito, y si existen o no atenuantes en su ejecución. De igual manera, la aplicación o no de normas técnicas, procedimientos de validación de información y legislación puede requerir de una intensa interacción entre el abogado y el especialista en informática a fin de poder determinar todas las posibles variantes involucradas.

- Se tendría que plasmar en la legislación la obligación de denunciar el delito informático e donde quiera que se cometa. Esto no se efectúa en la actualidad porque los delitos son a veces difíciles de detectar y aún al ser descubiertos no se delatan porque tal acto implicaría probablemente para los directivos dos confesiones deshonrosas:

- 1) Que no se establecieron precauciones adecuadas, lo que automáticamente describe su negligencia contributiva.
- 2) Que resulta embarazoso para la compañía o institución afectada y ello redundaría en pérdida de confianza de sus clientes o derechohabientes.

Pero cualquiera de esos dos intereses contrarios a una conveniencia personal o corporativa, resultan secundarios ante un

interés mayor que es el bien público. Al hacerse obligatorio el reportar, aunque fuera de manera discreta, esta clase de hechos criminosos, se haría también un trabajo de interés social que se complementaría con sanciones adecuadas, lo que a la vez desalentaría a potenciales infractores de la ley.

- El peritaje jurídico informático queda imprescindible ante la presunta comisión de un delito. La identificación de responsabilidades, presencia de atenuantes o agravantes, grado de culpabilidad, restitución propicia en los términos de la ley o en forma complementaria son actividades que en numerosas ocasiones requerirán la intervención de expertos en ambos campos, que igualmente deberán hablar un lenguaje común que permita la aplicación justa de la ley sin que el componente técnico disminuya su efectividad, ni constituye un elemento ajeno al procedimiento jurídico.

Es claro que en el momento actual se hace necesaria la creación de este tipo de expertos o peritos mediante el desarrollo de la formación y capacitación adecuada en ambos elementos del binomio derecho informático.

- Por último, queda obviamente necesario el establecer sanciones para desalentar este tipo de crimen, el cual, si se deja sin castigo podrá aumentar y causar daño sensible al Estado y a la

sociedad en general, sobre todo ahora que los sectores público y privado hacen un uso intensivo de la informática.

#### La Privacidad y la Protección de los Datos.

##### Planteamiento general:

La utilización de la informática, principalmente en el campo administrativo, ha hecho que los sectores público y privado puedan disponer cada vez en mayor medida de información nominativa referente a los ciudadanos en general y a empleados, clientes, de una empresa en el segundo caso.

Si bien antes de la utilización intensiva de la tecnología de la información, el Estado disponía de diversos registros relativos a los individuos, la capacidad de tratamiento de la información que la informática y las telecomunicaciones permiten a la fecha, posibilitan en mayor medida la adquisición de datos sobre los particulares, su intercambio, su procesamiento y su eventual difusión de manera relevante, existiendo una diferencia en magnitud muy considerable entre las facilidades que existían anteriormente y las que en la actualidad están disponibles.

El ciudadano normalmente no está consciente de la cantidad y variedad de datos que sobre sí mismo proporciona en diversos trámites ante las instituciones del Estado y frente a otros particula

es, por ejemplo: en la solicitud de servicios públicos, en el cumplimiento de sus obligaciones como ciudadano por pago de servicios, en las solicitudes de las diversas líneas de crédito disponibles, en registros médicos de los sistemas de salud público, por citar solamente algunos, y tampoco está normalmente consciente de que las actuales posibilidades tecnológicas permiten que esta información pueda ser procesada aún fuera de las fronteras nacionales.

El tipo de información por suministrar, los fines a los que se destina, la posibilidad de que el ciudadano verifique la calidad de la información gubernamentales contienen información nominativa y el marco jurídico en el cual podrían tramitarse y/o procesarse en el exterior del país, datos nominativos que representen algunos de los elementos del derecho de la información, en lo aplicable a la informática y las telecomunicaciones, aspectos a los que en conjunto también se les conoce como privacidad o confidencialidad de la información individualizada.

El término privacidad en último análisis, sugiere tratar los datos de los individuos a través de la censura, es decir lo que se puede transmitir de estos datos.

Es urgente que se reestructure la legislación actual para proteger un derecho inherente a la naturaleza humana y asimismo vigilar relaciones legales entre sujeto de derecho respecto al uso de los datos nominativos o personales.

Naturalmente, en un principio, surgirá la necesidad de numerosas decisiones sobre la conducta legal a seguir, la implementación de procesos deseables, instructivos, reglamentos, asignaciones, especificación de actividades, capacidad de peritajes y finalmente leyes y códigos, tanto ontológicos como éticos, sobre los deberes, sobre obligaciones morales de los sujetos de derecho.

Por otra parte se presenta la cuestión de si hay que extender el concepto de la privacidad originalmente vinculado con la vida privada y el respeto de la personalidad e individualidad de las personas naturales, para que se incluya también a las personas morales, y en particular a las empresas, y los intereses legítimos que ellas podrán tener en mantener un ámbito de confidencialidad respecto a ciertas informaciones que les conciernen, es decir información de carácter interno sobre aspectos de relevancia para sus actividades.

Aún en el caso de que se niegue que personas morales podrían tener una privacidad o algo analógico, el concepto de la protección de los datos que se maneja paralelamente con el concepto de la privacidad, lleva a la pregunta si no pueden existir otras clases de datos diferentes a los de carácter nominativo o personas que merecen ser protegidas junto con éstos o a través de legislaciones y reglamentos distintos. Cabe señalar que varios países europeos ya dieron una respuesta afirmativa a esta pregunta extendiendo la protección, garantizada en sus respectivas le-



yes de privacidad, a los datos de las personas morales. Por otra parte, particularmente en Suecia, ya se cuenta con regulaciones motivadas por diversos aspectos de interés nacional - vinculados con la seguridad y soberanía nacionales y la vulnerabilidad de la sociedad informatizada, que incluyen en principio la protección de los datos de cualquier característica, sean personales o no, ya se refieran a personas naturales, morales o a otros aspectos, en la medida que esto parezca necesario para los intereses nacionales o sociales específicos en cuestión.

#### Aspectos Jurídicos.

En el terreno jurídico conviene destacar algunos de los elementos generales que deben colaborar al análisis de los flujos transfronteros de datos, destacándose los aspectos relativos a la protección de los datos, las manifestaciones del derecho en cada uno los Estados productores de datos o procesadores de información y las pautas de derecho internacional, - imprescindibles para ubicar el problema de los flujos de datos transfronteros en su dimensión internacional.

Queda sobreentendido que los aspectos jurídicos de la privacidad de la producción de los documentos personales ya señalados en el punto anterior forman parte de la problemática jurídica general del fenómeno de los flujos de datos transfronterizados.

De hecho, los dos instrumentos (la Convención y las líneas directrices) elaborados por el CE y la OCDE pueden servir de modelos para instrumentos de derecho internacional más amplios que abarquen el fenómeno de los flujos de datos en su conjunto.

#### Normas Jurídicas Internas del Estado.

Las normas jurídicas del Estado pueden generalmente colaborar a delimitar el control de los flujos de datos, el cual puede consistir en el establecimiento de normas para la colecta de datos primarios que se van a someter a tratamientos en el exterior, - normas para la entrada y/o salida de datos, autorización previa, normas para garantizar la observancia del régimen jurídico del Estado propietario de los archivos que se transfieren a otro -- Estado y en el establecimiento de un régimen de derogaciones del régimen general.

Asimismo, no puede dejar de reconocerse la posibilidad de los - efectos extraterritoriales de la legislación interna ya que un - Estado no puede ejercer acción coercitiva en otro, pero sí puede hacer uso de reglas y extraterritoriales. Se puede atribuir efectos extraterritoriales a las reglas que prevean sanciones - para las infracciones a las legislaciones de protección de datos, además, esta el hecho de que la reglamentación a nivel nacional, legítima desde luego, puede ser un factor complicador.

### Derecho Internacional.

En materia de derecho internacional puede considerarse que un principio de carácter general, como el de la no intervención en los asuntos internos de los Estados, no es suficiente cuando se trata de flujo de datos transfronteras.

Si se supone que la libertad de información incluye los flujos de datos y no equivale a una permisividad absoluta, la acción del Estado puede imponer limitaciones en circunstancias normales. Las medidas del Estado deben fundamentarse en las fuentes de limitaciones de la libertad individual, no han de ser discriminatorias, ni individualmente ni en el plano de las relaciones económicas internacionales, y la acción del Estado debe emprenderse de "buena fe". En circunstancias anormales, como en situaciones excepcionales que pongan en peligro la seguridad de la nación y cuando se producen violaciones de los derechos de un Estado por otro, las represalias pueden involucrar los flujos de datos transfronteras.

Por lo tanto, un régimen internacional sobre la protección de datos debe tener como condiciones:

- Contener un corpus mínimo de reglas de protección de datos aplicable a aquéllos que son objeto de los flujos de datos transfronteras.

- Debe determinar la confidencialidad de los datos.
- Debe comprender obligaciones en materia de seguridad, material y técnica.
- Debe referirse al acceso privilegiado de los Estados extranjeros a los archivos y datos que les conciernen, en la medida de su compatibilidad con la soberanía y seguridad del Estado.
- Debe considerarse el problema de los conflictos de leyes y jurisdicciones en materia de protección de datos.
- Debe posibilitar una armonización en los órganos y sistemas de control de los flujos de datos tranfrontereros ofreciendo -- quizás fórmulas de asistencia entre las autoridades pertinentes.

La necesidad de dicho régimen internacional resalta claramente -- puesto que al revisar el consenso internacional, se hace sentir la inquietud en muchos países de que solamente algunos mantengan una capacidad residual de datos, acentuando así cada vez más al subdesarrollo de algunos de ellos.

El comercio de datos, provoca la diferencia entre países ricos en datos y pobres en datos, lo que establece una desigualdad de opción legal, ante cualesquier conflicto que se presente. De ahí la imperiosa necesidad de legislar para la protección y --

evaluación de los derechos del ser humano y de las naciones, -  
estrujados en medio de este comercio.

Para establecer un nuevo orden jurídico mundial, la tendencia natural muy posiblemente será el reestructurar los principios legales entre países, los que se ofrecen vagos y paralizados, inclinando lo que deberá ser la pureza de los principios jurídicos, hacia una anarquía injusta.

De continuar la inercia legal, estos principios frustrados en -  
derecho, tenderán a convertirse en irreversibles y establecidos.

Además, si las esferas jurídicas y políticas en el intercambio comercial internacional continúan ignorando que la armonía solamente se producirá dentro de un sistema de derecho justo y equilibrado, entonces esta ignorancia abúlica provocará injusticias legalizadas por la abstención de las partes afectadas, las cuales en su mayoría forman parte del Tercer Mundo.

Para evitar la distorsión y el abuso en materia de informática se necesita aprobar principios básicos, como una verdad fundamental para todos los participantes y de ahí nacerán los postulados jurídicos.

La posición fundamental de los países del Tercer Mundo debe ser

el rechazo vigoroso de las dos propuestas extremas, es decir por un lado, el criterio liberal que reclama la eliminación completa de cualquier regulación jurídica o administrativa que atente contra el sacrosanto principio del libre flujo de la información -- (ignorando los efectos perversos y nefastos que tiene cuando se conjunta con los intereses comerciales dominantes), y por el otro, el criterio autocrático o hasta ~~totalitario~~ de un control estatal dominante o completo de la información y de la comunicación.

4.- LA DECISION DE SUJETAR A CONTROL EL SOFTWARE, SOLUCION QUE SE LE DIO A ESTE PROBLEMA.

Introducción.

El uso de la informática en el campo del derecho, desde el punto de vista técnico, es semejante a la aplicación de la informática en la medicina, economía o cualquier otro campo.

La capacidad de las computadoras para almacenar varios volúmenes de datos, que físicamente podrían ocupar habitaciones completas de documentos, así como la rapidez de procesamiento para realizar comparaciones lógicas, búsqueda de datos específicos e incluso la resolución de problemas bajo condiciones preestablecidas, les otorgan a los equipos informáticos una gran importancia dentro de nuestro medio.

Las necesidades inmediatas, encuadradas en el presente y en el corto plazo, ya han demostrado la necesidad imperiosa de contar con un marco jurídico en el cual apoyarse para hacer viable la implementación de políticas de informática que el país requiere.

Actualmente, al existir una laguna jurídica en la materia, afecta, si bien en diferente medida, a todos los involucrados en el desarrollo nacional de la informática, principalmente:

a) Al sector público, ya que a través de sus diversas dependencias representa al usuario que más consume bienes y servicios -- informáticos y que por lo tanto está obligado a respetar criterios y normas para la adquisición de estos bienes, en su gran mayoría importados, y además a tratar de hacer un uso eficiente y racional acorde a las premisas de la actual Reforma Administrativa.

b) Al sector oferente, que está constituido por el grupo de --- proveedores de bienes y servicios informáticos, en tanto requieren de un marco objetivo para atender sus necesidades de importación de equipos y refacciones; apoyarse en los estímulos oficiales que el gobierno puede ofrecerle, como en el caso del Programa de Fomento para la Manufactura de Sistemas Electrónicos de Cómputo, en su interacción comercial con otras empresas, por ejemplo, cuando pretendan establecer conversiones con empresas extranjeras, la contratación de licencias para la transferencia de tecnología, uso y explotación de patentes y marcas, etcétera.

c) A los clientes o usuarios que deberán cuidar que la contratación de equipos o servicios responda realmente a sus necesidades, sin perjuicio de una situación mutuamente favorable con sus proveedores.



Los aspectos enunciados anteriormente, implican desde otro punto de vista la necesidad de una coordinación interinstitucional entre la dependencia de política informática, en este caso la Secretaría de Programación y Presupuesto, con las demás dependencias oficiales, que por sus atribuciones cuentan con mecanismos directos para normar la actuación de las empresas del sector oferente de bienes y servicios informáticos como es el caso de la - Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, entre otras.

Sin una verdadera coordinación entre esas dependencias, carece de viabilidad la aplicación de políticas de informática en campos tan importantes, como la normalización técnica, no solo en el seno de la Administración Pública, sino también apoyo a la incipiente industria nacional, regulación de las importaciones de estos bienes, el fomento de las exportaciones, la aplicación de programas sectoriales o nacional para apuntar la demanda de recursos humanos calificados en informática, la regulación del papel que juegan en el mercado las empresas con inversión extranjera directa, el establecimiento de una sólida capacidad autónoma en el ámbito de la informática y de las tecnologías de información y en general todos aquellos aspectos que forman parte de una política integral y congruente que permitan regir el desarrollo de la informática, en beneficio automático del país.

No perdamos de vista, que igualmente en el plano internacional es urgente resolver las lagunas que en materia de derecho ha provocado el progreso técnico de la informática, sobre todo lo referente

al flujo de datos transfronterizos, derechos de autor, actos fraudulentos utilizando computadoras, privacidad y derecho a la información, que también tiene una gran influencia en nuestro país, sobre todo si existe conciencia del impacto social, económico y político que la informatización de la sociedad tendría de una manera más profunda en la medida que se extienden los efectos de la revolución tecnológica de la información, de la nueva revolución industrial que ya se está presenciando.

En la actualidad, el Gobierno de la República Mexicana, ha considerado los antecedentes mencionados, y ha tomado resoluciones al respecto, que si bien no es todo lo que esta industria requiere, si ayuda a avanzar en su desarrollo. Algunas de las resoluciones que ha tomado el Gobierno, entre las más importantes, se encuentran:

- 1.- La protección de los programas de cómputo a través del derecho de autor, como obra literaria, ya que anteriormente el software se encontraba totalmente desprotegido, y al acecho de los "piratas del software". (20).
- 2.- El mejoramiento de las políticas de informática, relativas a los contratos que los particulares celebran con el gobierno, ya que ahora, ambas partes pueden convenir abiertamente sobre el clausulado de dichos contratos.

3.- El programa de desarrollo Tecnológico dictado por el señor Presidente Miguel de la Madrid Hurtado, en el que se observan las políticas gubernamentales ante esta materia.

Ahora bien, hasta 1985 está en proyecto una legislación que comprenda los diferentes aspectos de la informática, sin que a la fecha se haya dado a conocer sus características principales de aplicación.

Con esto, el Gobierno ha dado soluciones prácticas, a veces, para la comercialización del software, y así proteger la economía del país.

V.- NATURALEZA Y COMERCIALIZACION DEL SOFTWARE.

Este tema no es muy extenso, toda vez que es muy poco el desarrollo que ha tenido esta industria en México y su comercialización generalmente es de un solo tipo, ya que ha ido tomando un concepto general por las industrias dedicadas a esto.

Primeramente, señalaré la naturaleza del software:

1.- BIENES TANGIBLES VS. INTANGIBLES:

Considero que el software, como ya he explicado y abundaré más adelante, es una serie de algoritmos o ideas concatenadas que en forma sistemática llegan a un determinado fin, en mucho menor tiempo cuando estos corren en una máquina computadora especialmente diseñada para ello. Como vemos, una computadora y un programa de cómputo no es lo mismo. Podríamos decir que el programa de cómputo es el que le da razón de ser a la máquina.

Así las cosas, vemos que el programa de cómputo es algo intangible que está contenido en un soporte material tangible como puede ser un cassette, diskette, etcétera.

Podríamos compararlo con las notas de música que se encuentran contenidas en un disco y que en una forma sistemática producen una melodía cuando el disco es puesto en un tocadiscos.

Basta ese ejemplo para hacer ver la naturaleza del programa de cómputo (software) y así estar en la posibilidad de adentrarnos en su forma de comercialización y sus repercusiones en el marco legal Mexicano.

Como resumen, diremos que el software es algo intangible (ideas o algoritmos) que se encuentra dentro de un soporte material - tangible que es un diskette, por ejemplo.

## 2.- TRANSMISION DE CONOCIMIENTOS VS. DERECHO DE USO.

Que se entiende por una transmisión de conocimientos?

En mi punto de vista personal, considero que se transmiten conocimientos, cuando alguien es expreso sabedor de ellos y los otorga a otro que no los tiene, por medio de diferentes instrumentos.

Una vez manifestado mi concepto de transmisión de conocimientos, me avocaré al estudio de la comercialización del software en -- México y como las autoridades reguladoras, observan este fenómeno.

Ejemplificaré nuevamente un acto jurídico en relación al software:

La empresa "X" ha diseñado un programa de cómputo con el cual ha

optimizado el manejo administrativo interno, lo que además le ha reducido considerablemente sus egresos.

Una vez que ésta empresa "X" tiene bien implementado el software, se le ocurre al Director de ésta que podría obtener ganancias - comercializando el programa de cómputo.

El mismo Director de la empresa "X" comienza a entablar pláti-- car con el Director de la empresa "Y" cuyo objeto social es el mismo que el de la empresa "X", y por lo tanto le sería muy -- útil optimizar su administración.

Se efectúa un contrato de licencia de uso sobre tal programa, - donde el licenciante será la empresa "X" y el licenciatarío la empresa "Y" y la duración del contrato es de dos años, por lo - que el licenciatarío podría obtener beneficios de tal programa durante tal término. Concluida la vigencia del contrato, el - licenciatarío queda obligado a devolver el software utilizado y a certificar que no tiene más copias del mismo.

Visto lo anterior, se deduce que jamás hubo una transmisión de conocimientos, sino un derecho de uso del programa a través de un contrato de licencia de uso.

### 3.- LICENCIAS.

En este apartado, señalaré las principales cláusulas de los contratos, así como una breve explicación de las mismas y el porqué de su existencia:

Definiciones.- Esta cláusula es debido a que muchas personas no conocen los términos indicados en los contratos, y es pues que se explican para que en lo futuro no se pueda invocar, en caso de un litigio, error o dolo en la firma del mismo. Igualmente, para el caso de controversia, que el juzgador entienda los términos.

Descripción de los productos y sus funciones.- Esta cláusula es debido a que el licenciante diseña un programa para un fin específico, que es el indicado en el contrato y así hacer expreso sabedor al licenciataria, siendo entonces que si éste último lo destina a otro fin diverso, el licenciante no será responsable de cualquier daño causado con el programa.

Cargos y pagos.- Como en todos los contratos, debe existir una contraprestación.

Derecho de reproducción del software.- Si limita al licenciataria a usar lo pactado, estableciéndose penas convencionales en la misma cláusula, para el caso de incumplimiento.

Propiedad del software.- Se delimita el dueño del software, explicando la naturaleza del contrato, evitando así futuras controversias, para el caso de la devolución del mismo al propietario de los derechos de autor.

Protección del programas otorgado en licencia.- Con esta cláusula generalmente se obliga al licenciatarario a no suministrar el programa (software) en forma alguna, ni a ponerlo a disposición de terceros y limitar al mismo usuario a conservarlo como información confidencial, amén de los manuales de operaciones y demás documentos relativos al producto.

Asimismo, se prohíbe al usuario el cambiar el software de máquina, esto es, debe siempre permanecer en la máquina para la que fue contratado y no en otra.

Duración.- Como en cualquier otro contrato, siempre se pacta el término de la licencia de uso, y generalmente se obliga al usuario a devolver el software al licenciatarario, guardándose para sí la prerrogativa de poder verificar si el usuario no obtuvo copias de éste.

Indemnización en materia de patentes y derechos de autor.- Esta cláusula es obligatoria por la ley de la materia, toda vez que en caso de que el licenciante no tuviese derecho para licenciar el programa y el usuario fuere demandado por así hacerlo, el licencian



te tendrá que responder por cualquier daños y perjuicios causados al licenciatarario.

Garantía.- Esta cláusula es igualmente obligatoria, tanto en Ley de Transferencia de Tecnología como en otras leyes administrativas, como por ejemplo la Ley Federal de Protección al Consumidor, entre otras.

Se tendrá que garantizar el producto contra mano de obra y materiales así como de su correcto servicio que de al licenciatarario.

En estas cláusulas se delimita la garantía, en cuanto a que fué diseñado, ya que muchas veces, el usuario pretende darle fines ilícitos al mismo programa de cómputo y en este caso, el que tendría que responder por cualesquier daños y/o perjuicios será el propio usuario.

Cesión.- Generalmente se conviene que cualesquier cesión del contrato o los derechos del mismo, así como cualquier cambio o modificación de sus cláusulas, deberán ser previamente autorizados por el licenciante.

Notificaciones.- Se establecen los domicilios de los contratantes y usualmente el domicilio del licenciatarario es donde será usado el programa de cómputo.

Legislación aplicable y jurisdicción.<sup>1</sup> Como en todos los contratos, se prevé el incumplimiento por alguna de las partes y se establece que leyes serán aplicables a la controversia, así como los tribunales competentes para conocer de esta, haciendo así las partes, renuncia expresa del fuero o jurisdicción que pudiere corresponderles en razón de sus domicilios presentes o futuros.

Fecha del contrato y cuando empezará a surtir sus efectos legales, así como las firmas de los contratantes.

#### 4.- VENTAS.

En cuanto a las ventas del software, en la actualidad no es práctica reiterada el que el propietario del programa de cómputo tras pase sus derechos de comercialización, pero en caso de que así - fuera, las cláusulas en los respectivos contratos, son los que a continuación se enumeran:

- a) Quien es el dueño legítimo del software.
- b) Protección al comprador por parte del vendedor en caso de que el primero al usar el programa invadiera algún derecho de autor.
- c) Precio del programa.

d) Funciones y especificaciones técnicas del programa.

e) Entrega del programa.

Estas cláusulas, entre otras, son las más "usuales" en esta clase de contratos, que reitero, son muy raras veces llevados a cabo. Sin embargo, la Ley de Transferencia de Tecnología y su -- Reglamento respectivo prevé la obligatoriedad de inscripción de tales contratos, a fin de que estos se perfeccionen y tengan la validez legal requerida.

#### 5.- MANTENIMIENTO.

Los contratos de mantenimiento del programa de cómputo contratado son muy usuales, toda vez que al adquirente le interesa mucho que su programa esté actualizado y a la vez que sea corregido, - en su caso, por personas que tengan conocimiento de la materia, estando obligados a hacerlo cuando sea requerido por el mismo - usuario.

En la mayoría de las veces, cuando se celebra un contrato de licencia de uso de programas de cómputo, también se celebra el relativo al mantenimiento del producto, ya que si bien dicho producto tiene una garantía explícita en el contrato de licencia, - además de que con el contrato de mantenimiento, el licenciante queda obligado a mantener actualizado el programa y a corregirlo cuando así sea necesario, mediante el pago de una contrapresta--

ción por parte del licenciatario.

Igualmente, cabe enunciar que el Reglamento del ordenamiento legal antes citado, crea la obligación a las partes para que el mismo contrato sea inscrito ante el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología.

Más adelante, explicaré los aspectos legales de estos contratos, bástenos saber en este capítulo, las distintas maneras de comercializar el software.

VI.- LA NUEVA LEY DE TRANSFERENCIA DE TECNOLOGIA.

1.- ANTECEDENTES:

Abundaré un poco más en el estudio de esta legislación, en virtud de que es la que rige la transferencia de tecnología actualmente. Primeramente, me avocaré al estudio de las regulaciones jurídicas que se acercaron a la ley actual, y que dieron pauta para la promulgación de la misma.

Como ya mencioné anteriormente, en otro capítulo, hasta los inicios de la década de los setentas, la adquisición de la tecnología se llevaba a cabo prácticamente sin intervención alguna del Estado Mexicano, y ésta era una de las razones más importantes para que los propietarios de la tecnología pudieran cometer tantos abusos en perjuicio de la industria y de la economía del país en su conjunto.

Los únicos controles existentes (1950-70) consistían en el ejercicio esporádico de las facultades concedidas a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, al investigar, exclusivamente para efectos fiscales, si se justificaban las deducciones de los pagos de regalías ó asistencia técnica realizadas por empresas establecidas en el país.

Con la adopción de la Ley de Fomento de Industrias Nuevas y Necesarias a mediados de los años cincuenta, se observó un primer intento del Estado de intervenir en las cuestiones tecnológicas, se estableció un criterio para rechazar aquellas solicitudes ( de exenciones fiscales ) en las que se manifestaban pagos que excedían al 3% de las ventas netas de las empresas. (21)

Este criterio se difundió ampliamente entre los proveedores foráneos de tecnología y los condujo a la errónea convicción de que en México cualquier tecnología podía venderse al 3% de las regalías sobre ventas netas.

Igualmente se introdujeron limitaciones por la Dirección General de Industrias, dependiente entonces de la Secretaría de Industria y Comercio, respecto de los pagos de regalías o asistencia técnica que llevaban a cabo aquellas empresas que solicitaban programas de fabricación. Sin embargo, en ningún caso se juzgaba la tecnología a través de un análisis costo-beneficio para la empresa receptora y para la economía nacional, sino que normalmente se acudía a la regla de establecer el 3% como pago máximo de regalías.

Con fines promocionales, la Ley del Impuesto Sobre la Renta estableció un tratamiento impositivo diferencial para los ingresos provenientes de la prestación de asistencia técnica y para aquellos derivados de la concesión del uso de patentes o de marcas, llamados "pagos de regalías".

(21) S. Wierczek Miguel, M. Bueno Gerardo y Navarrete Jorge Eduardo, La Transferencia Internacional de Tecnología: El caso de México. F. Cultura Económica. pag 43 .

Hasta diciembre de 1970, los pagos recibidos por los proveedores por concepto de asistencia técnica, estaban sujetos a una tasa única del 20% sobre sus ingresos (22); en cambio los pagos de regalías estaban sujetos a una tarifa progresiva igual a la del impuesto -- global de las empresas, con la tasa marginal máxima del 42%.

Con lo anterior, infinidad de empresas otorgantes de tecnología, no hacían una real diferencia entre "Asistencia Técnica" y los "Contratos de Regalías" en virtud de que el Gobierno Mexicano había aprobado el pago de impuestos por tales conceptos diferentemente. Es decir, el pago de impuestos por asistencia técnica era mas bajo que el derivado de los contratos de regalías, por lo que dichas empresas incluían "paquetes tecnológicos" en los contratos respectivos, que abarcaban los dos conceptos mencionados, aduciendo que se trataba de una real asistencia técnica "con accesorios" y de esa manera eludían el pago de impuestos.

Posteriormente, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, -- viendo la inutilidad de tal separación, equiparó los pagos de -- regalías y asistencia técnica gravándolos en un 42% indiferentemente.

Estos estudios y otros realizados, tanto por organismos públicos como privados, contribuyeron a concientizar a los sectores involucrados en el proceso de traspaso tecnológico, acerca de la necesidad de establecer una política tecnológica a nivel mundial que--

(22) Artículo 41 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta.

incluyera la regulación legal de dicho proceso y constituyeron - motivaciones importantes en el ánimo del legislador al expedir - la Ley Sobre El Registro de la Transferencia de Tecnología y Uso y Explotación de Patentes y Marcas publicada en el Diario Oficial del 30 de diciembre de 1972. (23)

Posteriormente ya con la regulación jurídica relativa a la materia del traspaso tecnológico, se creó para tal efecto, y de acuerdo a dicha legislación, El Registro Nacional de Transferencia de Tecnología, donde se lleva a cabo el registro de los contratos respectivos.

Al correr de los años, y al ir adquiriendo mas experiencia el Gobierno Mexicano, se dió cuenta que necesitaba reglamentar detalles específicos respecto de la transferencia de tecnología e incrementar conceptos fundamentales sobre la ley.

Por lo anterior, se promulgó la Ley Sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas, el día 11 de enero de 1982, mismo ordenamiento que abrogó la Ley Sobre el Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas el 28 de diciembre de 1982.

Posteriormente se creó un Reglamento de la nueva ley, el cual - rige mas concretamente las actividades y facultades del Registro Nacional de Transferencia de Tecnología, así como el procedimiento a seguir

(23) La Regulación de las Invenciones y Marcas y de la Transferencia de Tecnología. Alvarez Soberanis Jaime. pag.114. Editorial Porrúa, México



para la inscripción de los contratos respectivos, y contiene "especificaciones" no contenidas en la Ley.

## 2.- Inclusión de los Programas de Cómputo.

Es conveniente hacer la mención de que en la Ley Sobre el Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas, publicada en el Diario Oficial del 28 de Diciembre de 1972, de la cual hemos hablado abundantemente, no incluye dentro de su artículo 2° la obligación de inscribir en el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología, los contratos relativos a la comercialización de programas de cómputo (software).

Sin embargo, en la Ley Sobre el Control y Registro de la Transferencia y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas, publicada en el Diario Oficial el 11 de enero de 1982, y de la cual haremos un estudio en el presente capítulo, se puede observar que la única y exclusiva mención que se hace al software en todo su texto, es la inclusión del inciso m) del artículo 2°, donde se precisan los actos, contratos o convenios sujetos de la obligación de inscripción al -- Registro Nacional de Transferencia de Tecnología, inciso que en forma lacónica establece que los "programas de cómputo", sin distinción ó aclaración alguna, quedan sujetos a la obligación de inscripción ante dicha dependencia gubernamental.

No obstante, el Reglamento de ésta ley, es prolijamente casuista en la normatización de las obligaciones relacionadas con la inscripción y aprobación de éstos contratos, siendo comprobatorio este hecho con el simple análisis del Reglamento, toda vez que casi un 70% se ocupa a la materia del software.

Estos datos, ponen de relieve la importancia que el Gobierno Mexicano, está tomando respecto del control y registro del software en México, con el evidente y natural fin de establecer políticas restrictivas a su importación y de fomento al desarrollo nacional.

La Ley el Reglamento señalaron con claridad meridiana, que debían presentarse a inscripción todos los contratos que se encontraran vigentes al momento en que entró en vigor dicha ley.

Como es bien sabido, la gran mayoría de los programas de cómputo (software) se comercializan a través de licencias de uso o "arrendamiento" a largo plazo. Así pues, al mes de enero de 1982 seguramente existían miles de contratos sujetos a trámite, es decir, por lo que respecta al software.

Ahora bien, cabe hacer un cuestionamiento al respecto de la inclusión de los programas de cómputo en el artículo 2° de la reglamentación jurídica en estudio: ¿En realidad se transfiere una tecnología, cuando una empresa proveedora licencia en uso el software?

Si partimos del principio que nos da la definición de licencia de uso, es decir, como el derecho que tiene una persona a usar un determinado bien intangible (siendo por esto licencia de uso), y dar como contraprestación alguna cantidad al otorgante del programa, en este caso, es menester aclarar lo siguiente:

Un programa de cómputo es un bien intangible, si bien se presenta en un soporte material tal como diskettes, discos, cintas, etc., el programa, reitero es intangible, toda vez que es un conjunto de ideas concatenadas y sistematizadas que logran un fin específico.

Así pues, al otorgar una licencia de uso de un programa a una empresa determinada, que ocupará dicho bien para procesar, por ejemplo, su nómina, es solamente que está usando las ideas contenidas en el software, no asimilándolas, ni mucho menos adquiriéndolas, toda vez que los programas solo están otorgados en licencia de uso.

Así las cosas, encontramos que en realidad no existe un traspaso -- tecnológico, y por lo tanto, la inclusión de los programas de cómputo en la ley de la materia, es inoperante, inocua y deficiente.

El concepto anterior, lo detallaré más ampliamente en el capítulo respectivo, siendo por ahora mi intención, el hacer ver a quienes se dediquen o se llegaren a dedicar a esta materia, la inoperancia de la aplicación de la ley, respecto del software.

3.- EL REGLAMENTO DE LA LEY.

Para tratar este tema, creo que es conveniente el que primeramente analicemos el contenido del Reglamento, a saber:

a) Contiene 75 artículos.

b) Está dividido en 8 capítulos, siendo los que a continuación se enumeran:

- 1.- CAPITULO I.- Definiciones.
- 2.- CAPITULO II.- Disposiciones Generales.
- 3.- CAPITULO III.- De los actos, Convenios o contratos sujetos a registro.
- 4.- CAPITULO IV.- De la Organización del Registro.
- 5.- CAPITULO V.- De las atribuciones de la Secretaría y las Condiciones de Inscripción.
- 6.- CAPITULO VI.- De las Causas de Negativa de Inscripción.
- 7.- CAPITULO VII.- De las Sanciones.
- 8.- CAPITULO VIII.- De la Substanciación del Recurso de Reconsideración.

c) Contiene tres artículos transitorios.

El Primero establece la iniciación de la vigencia del Reglamento.

El Segundo establece la obligatoriedad de inscripción respecto de algunos contratos.

El Tercero establece reglas de renegociación de contratos y --- prórrogas extraordinarias.

En virtud de que resultaría largo y tedioso el estudio de todos y cada uno de los artículos del Reglamento, toda vez que algunos ni se aproximan siquiera al tema de la presente tesis, obviaré tiempo afo<sub>o</sub> cándome al estudio de aquellos artículos que tengan relación a los - contratos relativos a la comercialización del software.

El artículo 22 del Reglamento nos hace ver una aclaración respecto de los contratos que deberán ser inscritos, y así no crear confu-- sión alguna, señalando las siguientes modalidades:

- I.- Primera Compra.
- II.- Compra de actualización de programas.
- III.- Compra de servicio de mantenimiento de los programas; y
- IV.- Arrendamiento de programas de computación.

Ahora, me atreveré a efectuar una crítica, respecto de cada una de las modalidades señaladas:

I.- "Primera Compra".- Por lo regular en la práctica, los dise-- ñadores de programas de cómputo no los venden a los usuarios, gene-- ralmente los licencian, haciendo la aclaración de que me refiero a los programas de cómputo adecuados a las empresas.

Así las cosas, creo que resulta inoperante y estéril la fracción I del artículo 22 que se comenta, ya que si partimos de la hipótesis de que los diseñadores del software desean obtener regalías por -- dar su uso a un tercero, y que por lo tanto no los venden, es de de-

ducirse que entonces los licenciarán a dichos usuarios, ya sea primarios o finales, siendo por esto que muchos de los contratos si no es que todos, escapan a la obligación de ser inscribibles, de acuerdo a lo estipulado en dicho artículo, en virtud de que se celebraría un contrato de licencia de uso y no de compra-venta.

II.- "Compra de Actualizaciones de Programas".- Siguiendo con la hipótesis anterior, es decir, de que en la práctica comercial del software, éste no se vende sino se licencia, es inoperante el que el Reglamento trate de adecuar los contratos relativos a la venta de actualizaciones del software, ya que si el programa básico no se vende, mucho menos las actualizaciones. La realidad es que se celebran contratos de mantenimiento en los que se hace la mención de que al usuario se le mantendrá actualizado en el programa licenciado inicialmente, teniendo el usuario, en determinados casos, que pagar por tales actualizaciones. Los contratos de mantenimiento al programa licenciado, se celebran por lo general a la par del contrato de licencia, o bien posteriormente.

Con lo anterior, vemos nuevamente la inaplicabilidad de la fracción II del artículo 22 del Reglamento.

III.- "Compra de Servicio de Mantenimiento de los Programas".- A esta fracción no tengo nada que criticar, porque si bien anteriormente manifesté que en la práctica se llevan a cabo muchos de estos contratos, es pues procedente esta fracción que se comenta, si el

proveedor del software se adecúa a lo dispuesto por el artículo -  
29 del mismo ordenamiento.

IV.- "Arrendamiento de Programas de Computación".- Aquí nuevamente sería factible hacer un cuestionamiento: ¿Se pueden arrendar las ideas?

Hago la aclaración que el programa de cómputo es un conjunto de --- ideas y que el soporte material en que se encuentran, no es el programa, sino un material donde se encuentra contenido el verdadero - programa de cómputo.

Partiendo de ésta aclaración, de acuerdo a los artículos 2398 y --- 2400 del Código Civil, donde en el primero establece que hay arrendamiento cuando una parte se obliga a conceder el uso de una cosa y la otra a pagar un precio cierto por ello; o en el caso del segundo artículo mencionado, que señala que son susceptibles de arrendamiento todos los bienes que puedan usarse sin consumirse. Es de deducirse, que el legislador indicó cosas o bienes tangibles, no haciendo referencia las ideas o bienes intangibles que en el caso, son los programas de cómputo, haciendo la observación de que en los demás articu-- los relativos al arrendamiento, se habla solamente de bienes tangi-- bles.

Por lo tanto, es claro que las ideas no pueden darse en arrendamiento, pero si licenciar su uso, siendo por esto igualmente inoperante la - fracción que se comenta.



Es menester indicar que el artículo 23 en el cual se exceptúan de la inscripción al Registro de Transferencia de Tecnología, el legislador no habla de las figuras de compra o arrendamiento, sino solamente describe las funciones de los programas, siendo aquí un artículo donde realmente se supo encuadrar a los programas de cómputo.

En cuanto al artículo 25 que también habla de la compra-venta ó arrendamiento, tratando de facilitar el procedimiento de inscripción de los contratos de software, es también inoperante, ya que al tratar los términos de compra-venta y arrendamiento no se podría aceptar el mismo, ya que de lo contrario, se aceptarían los otros artículos ya comentados o por comentar.

Por lo que respecta al artículo 26 que establece sanciones por incumplimiento al artículo 25, es cuestionable en cuanto su aplicabilidad, ya que si por ejemplo, el proveedor del software celebra con el usuario un contrato de licencia de uso y no de compra-venta ó arrendamiento, no se adecúa a dicho numeral, y por lo tanto no es sujeto de infracción alguna.

El artículo 29 es interesante en cuanto a que no menciona los términos de compra-venta o arrendamiento, ya que establece lo siguiente:

"ARTICULO 29. Para los efectos del artículo 2º inciso m) de la Ley, deberán someterse a inscripción en forma indistinta los - actos, convenios o contratos celebrados por personas físicas o morales que encuadren en algunos de los supuestos siguientes:

- I. Proveedores de equipo de Cómputo.
- II. Fabricantes de Programación.
- III. Distribuidores de programación.
- IV. Usuarios de los programas.

Efectivamente los términos utilizados en ese artículo se podrían - adecuar a las prácticas reales de comercialización del software, - pero como dije antes ... realmente existirá una transferencia de - tecnología cuando un diseñador licencia a un usuario el programa, - teniendo en cuenta que el usuario no aprenderá a hacer el programa, sino que solamente lo utilizará para llegar a un determinado fin; o bien un contrato donde se estipule el diseño de un programa, si en este contrato el diseñador conservará los derechos de propiedad intelectual del programa; o en el caso de que el propietario de un -- software otorgue la concesión de sublicenciarlo a un tercero, ¿será realmente un traspaso tecnológico? y finalmente, el que un usuario utilice el programa para agilizar la nómina de su empresa, no adquirirá el conocimiento del programa de cómputo, sino que lo utiliza para llegar al fin de procesar en menos tiempo su nómina.

Una vez analizados los artículos relativos a la comercialización de los programas de cómputo, pasaré a finalizar el presente inciso, en virtud de que los artículos posteriores no son de vital importancia

y sería reiterativo explicar la improcedencia de estos, cuando se quisieran aplicar a la materia del software.

#### 4.- ACTOS Y CONTRATOS OBLIGATORIAMENTE INSCRIBIBLES.

En este capítulo analizaremos la regulación legal del contrato de traspaso tecnológico, repasando brevemente cada una de sus especies, según las enumera la propia ley.

Como he explicado anteriormente, el artículo segundo de la Ley de Transferencia de Tecnología, enumera los actos, convenios o contratos que deben ser inscritos en el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología (RNTT).

Esta disposición crea obligaciones concretas a cargo de los particulares (personas físicas o morales) que participen en la celebración de alguno de los actos descritos, en el sentido de que los mismos solo pueden ser válidos si se inscriben en el RNTT.

Por otra parte, dicho precepto impone también obligaciones concretas a la autoridad encargada de la inscripción, estableciendo límites a la acción del Poder Público: solo son objeto de control los actos que se enumeran y no otros distintos.

El artículo 2º es una norma de carácter impero-atributiva, porque impone a los particulares la obligación de presentar los actos que enumera ante la autoridad y a esta el deber de recibirlos, analizarlos y, en su caso, inscribirlos en el RNTT, pero al mismo

tiempo otorga a los particulares el derecho de presentar tales - actos para su inscripción y, a la autoridad, el de exigir su presentación.

Dicho mandato está revestido de obligatoriedad y, además de una- obligatoriedad compulsiva, ya que si los sujetos a que se dirige, lo desatienden una vez colocados en los supuestos que describe, - surgirán para ellos consecuencias jurídicas que consisten en la- aplicación de las sanciones previstas en la propia ley.

El artículo 2o. es un precepto de orden público, por lo que los- actos que lo violan están afectados de nulidad.

Para que exista el objeto de la inscripción, no basta que los -- particulares presenten al RNTT un documento que regule las rela- ciones que existan entre ellos, sino que es necesario que el do- cumento que se pretende inscribir, contenga un acto jurídico con - todos los elementos propios de éste.

Ahora bien, en la práctica se ha dado, y con muchísima razón, el que el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología, haya ne- gado la inscripción de actos inexistentes, por la imposibilidad- jurídica de inscribir lo inexistente.

Es menester hacer mención de los elementos esenciales del acto - jurídico :

(24) Lerdo de Tejada Francisco. Código Fiscal de la Federación Comentado y Anotado. 2a. Edición. México 1972. pag. 19.

- a) Una manifestación de voluntad que puede ser expresa o tácita.
- b) Un objeto físico y jurídicamente posible.
- c) El reconocimiento, que haya la norma jurídica, a los efectos deseados por el autor del acto.

Una vez señalado lo anterior, cabe hacer la aclaración de que cuando en un acto jurídico falta alguno de esos elementos, decimos que el acto jurídico es inexistente para el derecho, es la nada jurídica. El maestro De Pina, sostiene que el acto jurídico inexistente cuando carece de algún elemento esencial para su formación, y añade que "El acto inexistente lo es desde el punto de vista jurídico; no existe como acto jurídico, pero si como -- una realidad del mundo exterior. Existe como acto real, aunque no como acto susceptible de producir efectos jurídicos, es decir, como acto jurídico. (25).

Enseguida, examinaré los trece incisos del artículo 2° de la Ley, con objeto de interpretar los supuestos logico-normativos que contienen, y ver cuando efectivamente existe un traspaso tecnológico:

- a) La concesión de uso o autorización de explotación de marcas.

( 25 ) De Pina Rafael . "Elementos del Derecho Civil Mexicano". Vol. 1.  
1a. Edición. Porrúa. Mex. 1956. pag. 287.

Cuando se trata de un contrato a través del cual se concede la autorización de usar una marca, estamos frente a un acto jurídico o a través del cual se adquiere un derecho de carácter personal, al uso o explotación de un bien.

El propósito del legislador al incluir estos actos en la Ley, fué el de dotar de facultades a la autoridad administrativa para regularlas adecuadamente, en beneficio de la industria nacional y del desarrollo del país.

Ello obedeció a varias razones. Una de ellas es la frecuencia con que las empresas mexicanas tratan de comercializar sus productos utilizando marcas extranjeras, fundamentalmente de procedencia norteamericana, lo que ocasiona perjuicios a la economía nacional, siendo por esto importante la intervención del Registro Nacional de Transferencia de Tecnología.

- b) La concesión del uso o autorización de explotación de patentes de invención o de mejoras y de los certificados de invención.

Por lo que respecta a las patentes, en nuestro sistema jurídico, que define como patente el título que garantiza la exclusividad de ciertos derechos de inventor y que es otorgado por el Estado, la Ley de Transferencia de Tecnología, se avoca a custodiar todos los actos relativos a las patentes, certificando, entre otros, los siguientes aspectos, a través del propio R.N.T.T.:

- Que las patentes que se transfieren serán definitivamente convenientes para el adquirente, es decir que los inventos que estas amparan sean de nueva creación y se apeguen a las disposiciones conducentes por la legislación Mexicana.
  - Vigilar que las regalías por concesión de uso de patentes, sean equiparables a los beneficios que éstas acarrearán a la empresa adquirente, en cuanto a la calidad y cantidad que producirán.
  - Buscar que sea una patente que definitivamente sea de fácil acceso a la adquirente, para poder asimilar correctamente la tecnología, o cuando ésta fuese de difícil asimilación, buscar que la otorgante realice una asistencia técnica efectiva, hacia la empresa receptora.
- c) La concesión de uso o autorización de explotación de modelos y dibujos industriales.

En este inciso es de vital importancia el que el R.N.T.T. vigile los siguientes aspectos:

- Que los modelos o dibujos industriales tengan una aplicación real y práctica en la empresa adquirente.
- Que los modelos o dibujos industriales efectivamente se adecuen a las necesidades de la empresa receptora, en cuanto a diseños,



práctica comercial, etc.

El legislador incluyó este inciso en la Ley, en virtud de que se observó la cantidad de anomalías que existían en este tipo de -- concesiones, respecto de los llamados "contratos de papel", ya -- que las regalías que se causaban por concepto de la concesión eran solamente benéficas en cuanto a impuestos, no importando -- que los modelos o dibujos se adecuaran a las necesidades reales de la empresa adquirente, dando esto como resultado que dichos m<sup>o</sup>delos o dibujos industriales estuvieran guardados en el escritorio.

d) La cesión de marcas.

Cuando se ceden los derechos de un bien jurídico, tal como es una marca, el R.N.T.T., vigila que la marca en cuestión sea aceptada por el público, que las regalías sean equiparables a las rentas, ya que se analiza que no solamente existen erogaciones de la empresa adquirente: por el pago de las regalías correspondientes, sino que existen gastos por los siguientes conceptos:

- 1.- La parte del gasto en publicidad que contribuye a valorizar la marca.
- 2.- El esfuerzo que efectúa el adquirente: de la marca al prestigiar la marca mediante el mantenimiento del nivel de calidad de su producción.

3.- Su presencia continua en el mercado con la marca cedida.

e) La cesión de Patentes.

Igualmente el legislador al incluir este inciso en la ley, tomó en cuenta que para el estudio de los contratos correspondientes, la autoridad debía vigilar el que esa cesión de patente, no obstruyera un avance técnico de la adquirente, así como el que se crearan nuevas industrias en el país y se evitara excesiva dependencia tecnológica, ya que al adquirir una patente de procedencia extranjera, se asimilarían los conocimientos con los que posteriormente los Mexicanos desarrollarían nuevos conocimientos benéficos para la economía nacional.

f) La concesión o autorización de uso de nombres comerciales.

No obstante que en la concesión de uso de nombres comerciales no existe una real transferencia de tecnología, al igual que la concesión de las marcas, el legislador optó por incluir ese inciso en virtud de que viendo que en la práctica comercial internacional cuando se transmite la concesión de una marca a un nombre comercial, generalmente el contrato respectivo conlleva una transmisión de tecnología, siendo por esto importante el estudio de estos contratos por parte de la autoridad.

- g) La transmisión de conocimientos técnicos mediante planos, diagramas, modelos, instructivos, formulaciones, especificaciones, formación y capacitación de personal y otras modalidades.

En este inciso, creo que no hace falta hacer mención de las razones del legislador para incluirle en la ley, toda vez que como se desprende del mismo, los contratos que versen sobre la transmisión de conocimientos técnicos, verdaderamente implican una transferencia de tecnología.

- h) La asistencia técnica, en cualquier forma que esta se preste.

En este caso, el R.N.T.T. estudia que la asistencia técnica que se preste guarde relación con el objeto social de la empresa adquirente, cuidandose así que no se eroguen divisas por concepto de regalías innecesarias, cuando la empresa asistente sea de origen extranjero.

- i) La provisión de ingeniería básica y de detalle.

Se encuentran en el mismo caso que el anterior.

- j) Servicios de operación o administración de empresas.

El legislador incluyó este concepto en virtud de que anteriormente las empresas extranjeras intervenían en la administración de las

empresas mexicanas, controlando su manejo, a través de este tipo de contratos.

k) Servicios de Asesoría, Consultoría y Supervisión, cuando se presten por personas físicas o morales extranjeras o sus -- subsidiarias, independientemente de su domicilio.

Al igual que el inciso anterior, el legislador trató de regular la influencia extranjera en nuestro país, y así el evitar el -- caer en la dependencia tecnológica, impidiendo desarrollar el po tencial nacional.

l) La concesión de derechos de autor, que impliquen una explota- ción industrial.

Este inciso, considero yo, es de una gran relevancia, toda vez que la Ley Federal del Derecho de Autor protege algunas obras tales como literarias, artísticas, etc., sin que esto se consi- dere como un limite, pero sin embargo, la concesión de usar este tipo de derechos, que más bien es un título otorgado a cualquier persona que por su capacidad intelectual haya creado una obra, es un tanto difícil de adecuarlo a la práctica industrial, toda vez que generalmente no se transmite una tecnología, sino que so lo se da el uso de este, salvo el caso de cesión de derechos, -- aunque repito, no excluyo que en lo que se refiere a derechos de autor no haya tecnología, sino que en la práctica comercial - es un tanto raro una cesión total de los derechos de autor.

No obstante lo anterior, más adelante analizaremos las características especiales de este tipo de tecnología.

m) Los programas de cómputo.

Este inciso es el que más a fondo trataré de explicar, en virtud de que es el tema utilizado como columna vertebral en la presente tesis.

Primeramente haré ciertas consideraciones:

Un programa de cómputo es una serie de ideas concatenadas, que en una forma sistematizada y ordenada, inducirán a una máquina computadora a realizar un fin específico y práctico.

El programa de cómputo se encuentra en un soporte material, tal como diskettes, cassettes, cintas, etc.

El diseñador de un programa de cómputo, generalmente registra su derecho de propiedad y autoría, ante el Registro Público del --- Derecho de Autor.

El autor del programa de cómputo, generalmente lo diseña con el fin de comercializarlo y obtener un lucro de éste, pensando en que éste lucro pueda durar el mayor tiempo posible.

En todos los países industrializados, tales como, Alemania, -  
Estados Unidos, etc., existen corporaciones gigantescas dedi- -  
cadas al desarrollo de la informática en general, y por lo tanto,  
el uso de los programas de cómputo es cada vez mayor, tanto na--  
cional como internacionalmente.

El software es diseñado para abrir nuevos horizontes en el area  
universal del conocimiento.

Ahora bien, una vez hechas las consideraciones anteriores, pasa-  
ré a objetivizar y analizar la práctica comercial del software -  
desde su diseño, y después efectuaré mi crítica respecto de la -  
inclusión del inciso m) en la Ley que se comenta.

Como ya señalé anteriormente, los autores de los programas de - -  
cómputo, diseñan los programas, estos se observan gráficamente -  
en las pantallas de las computadoras, y una vez que los progra--  
mas realizan las funciones para las que fueron creadas se impri-  
men.

El autor hace del conocimiento general las funciones del programa  
que diseñó, así surge la oferta, y conforme se solicite el mismo  
nace la demanda.

Cuando se empieza a dar la idea de comercializar el programa, sur-  
ge la necesidad de encontrar un soporte material para el software,  
encontrándose los diversos que señalé antes.

Así entonces, el diseñador contrata con grandes empresas o particulares, el uso del programa, a través de un contrato de licencia de uso, por un tiempo determinado.

El usuario utilizará el programa de cómputo para agilizar las actividades a las que se dedica.

La utilización del programa la efectuará en una computadora ---- (Hardware), donde insertará el software contenido en un diskette, por ejemplo.

Durante el tiempo contratado el usuario utilizará el programa de cómputo en cuestión, pero llegado el término del contrato, este tendría que devolver al licenciante dicho programa, toda vez que es propiedad del último, conforme a la Ley del Derecho de Autor.

Si analizamos el caso anterior, observaremos que el usuario jamás aprendió a diseñar el programa ni a realizar las actividades para que se utilizó el mismo, sin la ayuda de éste, aunado a que no puede obtener copias del mismo sin consentimiento del autor, porque incurriría en un ilícito.

Ahora, cabe preguntar: ¿Hubo alguna Transferencia de Tecnología?  
- Yo considero categóricamente que no.

En tal virtud, ¿con que objeto se incluyó el concepto de programas de cómputo dentro de la ley de la materia?

Yo considero que el legislador no sabía con exactitud la manera de comercializar el Software (programa de cómputo).

En una muy rebuscada forma, pensaré que el legislador tuvo la idea de que los programas de cómputo eran vendidos por sus autores, cediendo todos los derechos al comprador.

Suponiendo que así fuera, al venderse un programa, estoy de acuerdo en que se vendería tecnología, pero ... y la manera de crear algo parecido también se vende?, es decir, ¿se enseña a manufacturar el programa al comprador?, o solamente se venden ideas plasmadas que lograrán llegar a un fin determinado con mayor celeridad, o bien que el comprador comercialice mediante contratos de licencia de uso de programas, eso, creo yo, no es transmitir una tecnología, es como vender un automóvil, ya que tengo el goce de usar y de disfrutar sobre él, pero no se como hacerlo o hacer que corra más rápido con menos gasolina.

Más adelante expondré otras circunstancias, pero ahora concluyo el presente inciso con la aseveración de que los programas de cómputo no deberían estar incluidos la Ley Sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas.



5.- ACTOS Y CONTRATOS OBLIGATORIAMENTE EXCENTOS.

El ámbito material de validez de la Ley de la materia, está definido en forma clara y terminante por su artículo 2°. Son los Actos jurídicos a que se refiere este precepto y no otros los que deben inscribirse en el RNTT, es decir, los que están regulados.

No obstante lo anterior, el acatamiento contenido en el artículo 2° es difícil de implementar en la práctica, porque la materia que regula dicho precepto no está determinada en cuanto a su definición. Conceptos tales como tecnología, conocimientos técnicos, asistencia técnica, etc., se han abordado desde distintas ópticas explicativas, y no existe un consenso respecto de lo que abarcan.

Previendo esto, el legislador trató de excluir expresamente los actos, contratos o convenios que no son sujetos a inscripción, no siendo lo suficientemente explícito, toda vez que según he podido observar durante el desempeño de mi actividad profesional, en el Registro de Transferencia de Tecnología, existe una gran cantidad de solicitudes relativas a la opinión del propio Registro, para ver si ciertos contratos son sujetos de inscripción.

Ahora bien, analizando el artículo 3° de la propia ley, observaremos la intención del legislador al exceptuar ciertos casos, en los cuales no es necesaria la inscripción de un contrato respectivo.

A continuación analizaré cada una de las siete fracciones que conforman el citado numeral:

I.- La internación de técnicos extranjeros para la instalación de fábricas o maquinaria o para efectuar reparaciones.

En esta fracción se pensó que si bien puede implicar la aplicación en el país de una tecnología no disponible en éste, generalmente no implican la transmisión y aprendizaje local de conocimientos técnicos provenientes del exterior. Se trata más bien de un servicio técnico.

II.- El suministro de catálogos, diseños o asesoría en general que se adquieran con la maquinaria o equipo, y sean necesarios para su instalación, siempre que ello no implique la obligación de efectuar pagos subsecuentes.

Son tres elementos que debe contener el pacto para ubicarse dentro del supuesto jurídico que prevé esta fracción II.

- 1) La transmisión de conocimientos técnicos en la forma de diseños o catálogos o asesoría en general.
- 2) Que se adquieran junto con la compra de la maquinaria y equipo.
- 3) Que no implique una obligación de hacer pagos subsecuentes.

Lo anterior nos indica que la transmisión de conocimientos técnicos o la prestación de asesoría para encuadrarse dentro del su-  
puesto de la fracción II, tiene que ser complementaria de un con-  
trato de compraventa de maquinaria o equipo en el que no se pac-  
ten pagos subsecuentes o periódicos por aquellos, sino que se ---  
encuentre comprendida dentro del precio de la propia maquinaria  
o equipo. (26).

III.- La asistencia en reparaciones o emergencias siempre que se  
deriven de algún acto, convenio o contrato que haya sido -  
registrado con anterioridad.

Lo anterior tiene como finalidad el no establecer obstáculos de -  
carácter formal para la solución de emergencias o reparaciones --  
técnicas, que por su naturaleza requieran ser atendidas de inme-  
diato y no después del trámite administrativo de registrar. Ello  
debe interpretarse en el sentido de que los acuerdos en virtud de  
los cuales se pacta la asistencia para casos de emergencias o repa-  
raciones derivadas de otros actos registrados, pueden celebrarse  
válidamente sin que medie el registro aún cuando implique un pago  
adicional.

IV.- La instrucción o capacitación técnicas por instituciones -  
docentes, por centros de capacitación de personal o por las -  
empresas a sus trabajadores.

El legislador consideró que independientemente del precio de la capacitación, la excepción resulta justificada, en función de la finalidad que se persigue con este tipo de acuerdos de voluntad, que es la formación de personal técnico que tanto requiere el país.

V.- La explotación industrial de derechos de autor, referida a las ramas editorial, cinematográfica, fonográfica, de radio y televisión.

El legislador consideró que en estas ramas, en realidad no se transmitía una tecnología íntegra por el carácter de los derechos de autor en esas modalidades, y en virtud de que existen tantas operaciones comerciales al respecto, sería un gran problema burocrático el tener que efectuar el registro previo y después llevar a cabo el objeto del contrato, o bien podría ser tardío el momento de comercialización, como por ejemplo el que una canción, película, etc. pasaran de moda.

VI.- Los convenios de cooperación técnica internacional celebrados entre gobiernos.

Si bien se pensó que el mismo gobierno cuida los intereses propios de la nación, no era pues necesario el que varias de sus dependencias aprobarán tales contratos, y en esa forma se expandirían los trámites administrativos, lo que sería en perjuicio de la propia nación.

6.- CRITERIOS DE RECHAZO. CLAUSULAS CONFLICTIVAS.  
(VIGENCIA - PIRATERIA).

Esta parte del capítulo la dedicaré específicamente a los contratos relativos a la comercialización del software y sus "problemas" en el RNTT, al incluir algunas cláusulas para evitar la piratería del mismo.

Es poco sabido entre la mayoría de las personas, que los programas cómputo son obras literarias y como tales, ser sujetas a -- ser protegidas por la Ley Federal del Derecho de Autor.

En relación a lo anterior, es menester mencionar que la fracción XI del artículo 15 de la Ley de la materia establece lo siguiente:

"Artículo 15. La Secretaría de Comercio y Fomento Industrial no inscribirá los actos, convenios o contratos a que se refiere el artículo segundo de esta Ley en los siguientes casos:

XI. Cuando se obligue al adquiriente a guardar en secreto la información técnica suministrada por el proveedor, más allá de los términos de vigencia de los actos, convenios o contratos o de lo establecido por las -- leyes aplicables".

Con la interpretación de la fracción señalada, haré las siguientes consideraciones:

En la práctica administrativa, seguida ante el RNTT para la inscripción de los contratos relativos a la comercialización del software, han habido infinidad de discordias entre los particulares y la propia dependencia gubernamental, toda vez que algunas de las cláusulas más usuales en los contratos mencionados, son las relativas a la vigencia del contrato y a la devolución del software, que para mayor abundamiento a continuación transcribo:

"Al término de la vigencia del presente contrato que es de 6 años según la cláusula novena de este mismo contrato, el Licenciario se compromete y obliga a devolver al Licenciante, toda la información adquirida en virtud de este contrato, y asimismo, el programa de cómputo dado en licencia así como todas y cada una de las copias de éste, que con o sin autorización del Licenciante hubiere obtenido el Licenciario".

Ahora bien, cuando el RNTT, observa una cláusula similar a ésta, objeta la inscripción del contrato respectivo, en virtud de que, según su opinión, viola lo dispuesto por el artículo 15 en su fracción XI, y asimismo, se priva al Licenciario de adquirir una tecnología por la cual ha pagado regalías.

Esto, a todas luces, resulta notoriamente improcedente, por lo siguiente:

Como ya mencioné antes los programas de cómputo son obras literarias protegidas por el derecho de autor y como tales son derechos propios del autor, quien podrá restringir el uso de su obra, según sea su mejor parecer.

En el caso de que el Licenciante utilizara el programa de cómputo después de la terminación del contrato de licencia de uso correspondiente, estaría sin duda alguna, privando de sus derechos al autor del programa, propiciando con esto la piratería del mismo en perjuicio del patrimonio del autor.

Aunado a lo anterior, al no estarse transmitiendo una tecnología, sino que se está dando en uso solamente, según se trató anteriormente, es pues obligatorio para el Licenciatario devolver lo que le fué licenciado para usar (el software) teniendo que pagar ciertas regalías para poder gozar de ese derecho durante un determinado tiempo y al no pagar más regalías, no tiene derecho a seguir disfrutando su uso, y si no se hubiera pactado tal cláusula, el autor del programa estaría en una gran desventaja.

Con esto, podemos deducir nuevamente que el legislador cometió un grave error al incluir los programas de cómputo dentro de la ley, toda vez que la informática no se asemeja en absoluto a otra clase de actividad, resultando obsoleta la Ley para dicha rama de la ciencia.

Asimismo, observemos como las cláusulas en los contratos relativos al software son indispensables para proteger los derechos de una persona, y en el caso de no pactarse, sería muy difícil que los autores de los programas de cómputo los comercializarán, causando esto un grave retraso en el avance de la industria nacional.

Esto es solo un claro ejemplo de algunas cláusulas tendientes a proteger la piratería del software, habiendo muchas otras maneras de protegerlo pero el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología, actuando conforme a la Ley, podría causar grandes perjuicios a los autores.



8.- LOS TERMINOS DE CUMPLIMIENTO Y SUS EFECTOS LEGALES.

Mencionaré solamente los términos de cumplimiento a que hace referencia la ley, y cual es la manera en que afectan a los particulares en su esfera jurídica:

En el artículo 10 se establece que los documentos en que se contengan los actos, convenios o contratos a que se refiere el artículo segundo deberán ser presentados ante al Secretaría de Comercio y Fomento Industrial para su inscripción en el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología, dentro de los 60 días siguientes a la fecha de su celebración.

En caso de ser procedentes, su inscripción surtirá sus efectos a partir del día de su celebración.

Asimismo, dicho numeral prevee el caso de que los contratos sean presentados para su inscripción fuera del plazo señalado, surtirán sus efectos a partir del día de su presentación, siempre y cuando sean procedentes.

Igualmente establece el término de 60 días para inscribir las modificaciones a los contratos o bien para informar al RNTT de la terminación anticipada de los mismos.

El artículo 12 establece que la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial tendrá un término de 90 días siguientes al que se presenten para resolver sobre la procedencia de inscripción de los contratos, y así transcurrido ese tiempo y no se hubiere dado la resolución correspondiente, el contrato se deberá inscribir en el RNTT.

Citaré un ejemplo práctico de las consecuencias legales que acarrearán los términos citados:

La empresa "A" (licenciante) celebra un contrato de licencia de uso de programas de cómputo ( que según opinión del RNTT es sujeto a inscripción ), con la empresa "B" ( licenciataria ) el día 6 de febrero de 1985.

Se pacta una vigencia de 10 años a partir de la fecha de su celebración y la cantidad de \$ 100,000.00 pesos mensuales por concepto de regalías.

De conformidad a lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley, dicho contrato se deberá presentar a estudio para su registro, dentro del término de 60 días hábiles contados a partir de la fecha de su celebración . Supongamos que ninguna de las partes acude al RNTT a solicitar la inscripción correspondiente.

Pasando 9 meses de la celebración del contrato, el Licenciataria debió haber pagado al Licenciante la cantidad de \$ 900,000.00 pesos .

El Licenciatario tiene la obligación de declarar sus ingresos y egresos de ese año ante la Secretaría de Hacienda, hecho que efectúa y declara haber tenido erogaciones por \$ 900,000.00 por concepto de regalías pagadas al Licenciante, y que por lo tanto dicha cantidad no está sujeta a pagar impuestos. La -- Secretaría de Hacienda requiere la constancia de inscripción ante el RNTT del contrato respectivo, y al no tenerla ninguna de las partes, dicha dependencia considera nulo ese contrato de conformidad a lo establecido por el artículo 11 de la Ley de Transferencia de Tecnología, causando con esto un daño --- económico al licenciatarío al tener que pagar de esos ----- \$ 900,000.00, los impuestos correspondientes.

En el caso de que el contrato respectivo hubiere sido presentado por cualquiera de las dos partes, fuera del término de 60 días posteriores a su celebración, el contrato surtirá sus -- efectos a partir de la fecha de presentación, y en el caso -- antes expuesto, la retención de impuestos se efectuaría a partir de la fecha de presentación y por lo tanto aproximadamente el Licenciatarío perdería \$ 400,000.00.

En cuanto al término de 90 días que tiene el RNTT para otorgar la resolución correspondiente y de no haberlo hecho, en el caso anterior, el Licenciatarío solicitaría una prórroga a la -- Secretaría de Hacienda para solicitar al RNTT la expedición de la constancia respectiva, aún cuando el contrato no fuera sujeto a registro por contener cláusulas contrarias a la ley.

En otro capítulo ya se han dejado establecidos los demás términos que regula la ley, que son los relativos a los recursos, pruebas etc., que en realidad no son de vital importancia para los efectos que pudiera causar en la esfera jurídica de los -- particulares.

**9.- TRAMITACION Y PRACTICA ADMINISTRATIVA.**

Los pasos administrativos a seguir para la inscripción de los -- contratos a que se refiere el artículo segundo de la ley son los siguientes.

- 1.- El contrato se presenta en Oficialía de Partes, con cuatro copias del mismo.

Se presenta junto con un cuestionario que es elaborado por el RNTT y que tiene que ser contestado íntegramente por el solicitante.

Existe la obligación de pagar derechos por los siguientes conceptos:

- a) Recepción y Estudio.
- b) Inscripción y Constancia.
- c) Inscripción y Vigilancia.

- 2.- Se forma un expediente, donde se glosa el contrato original.

Las copias del contrato se envían a cada uno de los siguientes Departamentos:

- a) Legal.
- b) Económico.
- c) Técnico.

a) En el Departamento Legal se estudia el clausulado del contrato en cuanto a sus estipulaciones de carácter formal y se vigila que las cláusulas se ajusten a lo dispuesto por la Ley, como por ejemplo las relativas a la limitación de la exportación del adquirente, indicación del oferente de utilizar determinado personal, obligaciones de guardar secretos tecnológicos después de terminada la vigencia del contrato, garantía de la calidad de la tecnología, derechos de propiedad industrial, etc.

Se emite el dictámen correspondiente y se envía a otra Dirección.

b) El Departamento Económico se encarga de estudiar las cláusulas relativas a la intervención del otorgante en la administración del receptor de la tecnología, cesión honorosa o gratuita de patentes por parte del adquirente, limitación de los volúmenes de exportación del adquirente, la venta a un solo cliente de los bienes producidos por parte del adquirente, limitación del volumen de producción, impuestos, etc.

c) El Departamento Técnico se encarga de la revisión de las cláusulas referentes a la investigación o desarrollo del adquirente, la prohibición del uso de tecnologías complementarias, información técnica suministrada por el otorgante, valor de la tecnología por adquirir por parte del adquirente, derechos de propiedad industrial, garantía de la tecnología en el país, etc.

3.- Una vez efectuados los dictámenes, se envían a la Dirección de Transferencia de Tecnología que revisa las opiniones de los Departamentos antes mencionados, principalmente en los casos de violación, rectificándolos o ratificándolos, emitiéndose el dictamen definitivo correspondiente, junto con la constancia de inscripción, en su caso.

En caso de que la resolución fuere desfavorable para el solicitante, éste tendría un término de 15 días para interponer su recurso de revocación, de conformidad a lo establecido por el artículo 24 de la Ley.

En éste caso la autoridad deberá dictar su resolución dentro del término de 15 días contados a partir de la presentación del recurso.

Este procedimiento es el que sigue la mayoría de los contratos, sin embargo, se ampliará la explicación en el desarrollo de la presente tesis.

VII.- INADECUACION DE LA LEY REALIDAD LEGAL Y ECONOMICA DE LA SITUACION QUE GUARDA LA COMERCIALIZACION DE LOS PROGRAMAS DE COMPUTO.

1.- Realidad contra ficción.

En este capítulo analizaré las causas de inadecuación de la ley de Transferencia de Tecnología a la realidad práctica de comercialización del software, toda vez que en la misma el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología trata al software igualmente que a las máquinas.

Podríamos afirmar que en dicho ordenamiento legal (que contiene un solo inciso relativo a los programas de cómputo), se trata principalmente de proteger la tecnología que provenga de otro país y que México la asimile, a fin de que en el futuro no dependamos tanto de otros Estados como actualmente lo hacemos.

Igualmente la ley trata de proteger la economía del país por el aspecto industrial y fiscal, regulando los contratos de transferencia tecnológica, previendo situaciones que pudieren afectar a México.

El caso es que si bien una tecnología para hacer unas plumas por ejemplo, puede ser contratada por una empresa Mexicana para pro-



ducirlas en el país. Digamos que en un término de 10 años (término máximo que fija la ley para la duración de un contrato), (27) se puede asimilar dicha tecnología, y no hay necesidad de celebrar otro contrato con el mismo objeto, evitándose así la salida de divisas que tan importantes son para nuestro país.

Lo anterior, es un ejemplo que nos deja entrever el espíritu de la ley al tratar de proteger y desarrollar nuestro propio avance tecnológico y económico, y por ende la no dependencia hacia otros países desarrollados. Esto, significa una realidad de adecuación de la ley en estudio, hacia las cosas materiales, tangibles que -- al producirse en México crean un beneficio colectivo, al igual -- que los programas de cómputo, en esta última parte, pero la pregunta obligada es ¿realmente en el software se transmite el Know How para diseñarlo, o solamente se usa para llegar a ciertos objetivos con mayor rapidez, y solo se pagan regalías por su uso?

Haré una breve comparación:

En el ejemplo de las plumas, la parte receptora paga cierta cantidad periódica a la parte otorgante de la tecnología por la transmisión del uso de una patente y en un transcurso de tiempo habrá -- aprendido como manufacturar esas plumas, justificándose el pago -- por esa transmisión de conocimiento.

(27) Art. 16 Ley de Transferencia de Tecnología. O.p. cit. 1982.

Sin embargo, en las prácticas reales de comercialización del software, las regalías que paga la parte adquirente es por el uso de la tecnología, pero no por el conocimiento de ésta, ya que generalmente los programas de cómputo se otorgan en licencia de uso y no para el aprendizaje de su desarrollo.

Una vez tocado el tema de aprendizaje del desarrollo del software, por parte del adquirente, sería diferente mi opinión al respecto, toda vez que en este caso el proveedor de tecnología está enseñando como crear el software, y el adquirente lo podrá utilizar posteriormente para su beneficio, redituando redondamente su inversión.

Una vez vista la diferencia, más adelante estudiaremos la ineficacia procesal de la ley de la materia, pero ahora basta con observar la ficción en que se vive al tratar de regular el software con una legislación se creó para otros fines.

INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY Y POR ENDE DE SU REGLAMENTO.

En este apartado solamente plantearé algunas interrogantes para los juristas interesados en la materia:

Por que si en la Ley Sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas en sus artículos transitorios no habla acerca del ámbito temporal de validez y aplicación de misma, si en su Reglamento correspondiente, en el artículo SEGUNDO transitorio que a la letra establece:

"Los actos, convenios o contratos cuyo objeto se adecúe a las hipótesis previstas - en el artículo 2º, fracciones k), l) y m) de la Ley, que se encuentren vigentes y que no hayan sido inscritos en el Registro, gozarán de un plazo adicional de 15 días hábiles, contados a partir de la fecha de entrada en vigor del Reglamento, para regularizar sus situación jurídica.

En caso de que sean presetnados en dicho término, la inscripción de tales acuerdos se -- retrotraerá a la fecha en que la ley entró en vigor."

En este caso ¿que se considerará violatorio de las garantías individuales de las personas contratantes: El Reglamento o la propia Ley?

Para ejemplificar mi posición de que el Reglamento es inconsti-

tucional, enseguida transcribo una tesis jurisprudencial al respecto :

1553 RETROACTIVIDAD DE LA LEY

"La constitución General de la República consagra el principio de la irretroactividad, cuando la aplicación de la ley - causa perjuicio a alguna persona, de donde es deducible la afirmación contraria, de que pueden darse efectos retroactivos si ésta no causa perjuicio"

| QUINTA EPOCA: |   | PAGS. |
|---------------|---|-------|
| Tomo LXXI     | - "Cía. del Puente de Nuevo-Laredo, S.A." | 3496  |
| Tomo LXXII    | - Bremen, S.A.                            | 2107  |
| Tomo LXXIII   | - Maderería Mexicali, S.A. de C.V.        | 109   |
| Tomo LXIII    | - Líneas Unidas del Norte, S.C.L.         | 473   |

JURISPRUDENCIA 161 (Quinta Epoca) Pag. 283, Volúmen COMUNES AL PLENO Y SALAS. Octava parte apéndice 1917-1975; anterior apéndice 1917-1965 Sexta Parte, JURISPRUDENCIA 163, pag, 306; en el apéndice de fallas 1917-1954, JURISPRUDENCIA 923 pag. 1720.

De lo anterior, podemos deducir que si se celebró un contrato - antes a la iniciación de la vigencia del Reglamento, y que contuviera cláusulas contrarias al mismo, tendría que ser modificado para poder ser inscrito ante el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología, pero... ¿ Que pasa si alguna de las modificaciones va en perjuicio de los contratantes? ¿se está dando una aplica -

ción retroactiva a la ley cuando afecta a los particulares?

¿Esto no va en contra de lo establecido por el artículo 14 de nuestra Constitución Política?

Dejo aquí estos interrogantes para que los que se interesen sobre este aspecto, los estudien más a fondo, y estoy seguro de que llegarán a la misma conclusión que yo:

"El Reglamento de la Ley se aplica retroactivamente, y por lo tanto es inconstitucional".

FACULTADES DISCRECIONALES DE LA LEY Y SU REGLAMENTO.

En este caso, solamente me referiré a las facultades discrecionales en su aplicación a los contratos relativos a la comercialización del software, ya que ese es el tema central del presente -- trabajo, y si me refiriera a todos los contratos en general, podría ser muy extensivo.

APLICACION ACTUAL.

Como he dejado mencionado antes, el inciso m) del artículo 2o. de la Ley de la materia establece la obligatoriedad de inscribir los contratos de programas de cómputo, siendo esto tan general, que fue necesario que posteriormente se estableciera una - reglamentación específica, y como lo he hecho notar en dicha reglamentación la preocupación fundamental es que la comercialización del software quedará debidamente cubierta.

En mi opinión, este Reglamento de la ley, no cumple con las necesidades prácticas de la industria de la informática, toda -- vez que toma algunos aspectos irrelevantes de esta materia y deja otros muy importantes fuera.

El caso es que muchas veces se realizan operaciones mercantiles que pueden estar a salvo de su inscripción obligatoria y por lo

tanto, verse afectado el patrimonio de la nación al no enterarse los impuestos correspondientes, no tener control sobre la salida de divisas de el país, siendo este un tema transcendental en esta época.

Como un ejemplo de lo anterior, podemos citar lo establecido por el artículo 29 del Reglamento, que es muy genérico y obscuro, - que para mayor abundamiento transcribo a la letra:

ARTICULO 29. Para los efectos del artículo 2o. inciso m) de la Ley deberán someterse a inscripción en forma indistinta los actos, convenios o contratos celebrados por personas físicas o morales que se encuadren dentro de los supuestos siguientes:

- I. Proveedores de equipo de cómputo.
- II. Fabricantes de programación.
- III. Distribuidores de programación.
- IV. Usuarios de los programas.

Siguiendo la temática señalada, creo que la fracción I del artículo que se comenta es muy genérica y vaga además de obscura, ya que los equipos de cómputo pueden ser de diversa índole y por el contenido de la ley, que en jerarquía es superior al reglamento, se puede "salvar" la inscripción de contratos relativos a un determinado tipo de hardware que tenga incluido como sistema operativo un software de alta calidad y muy costoso.

En cuanto a la fracción II, critico el término de fabricantes, ya que si tenemos en cuenta que el programa de computo se encuentra protegido por el Derecho de Autor y por lo tanto pertenece a la rama de la propiedad intelectual, es menester mencionar que en mi opinión un libro por ejemplo, se escribe, la "fabricación" del mismo es el empastado, etc., así bien los programas de cómputo igualmente son una serie de ideas y por lo tanto no se fabrican es el soporte material en que está contenido dicho programa de cómputo.

Fracción III. Los distribuidores de programación pueden ser solamente "vendedores" que no transmiten tecnología de ninguna manera, ya que solamente comercializan el software que es propiedad de otros, y generalmente nunca se transmite la propiedad sino el uso exclusivamente.

Fracción IV. En cuanto a los usuarios de los programas, ¿que tipo de obligación tienen estos si no se celebra un contrato? Hay muy raras ocasiones en que se vende el software, pero pueda suceder, - que el dueño principal venda a un industrial "X" y este último pague una determinada cantidad, sin que nunca hubiere mediado un contrato previo por ignorancia de las partes.

De lo anterior se desprende la necesidad de una legislación real y con conocimiento de la materia, para en lo futuro tener bien con-



trolada por parte de la autoridad esta industria de la informática.

Asimismo, es menester aclarar que hasta la fecha no hay jurisprudencia en relación a esta ley y la informática.

LA INEFICACIA PROCESAL Y SUS EFECTOS Y LA NECESIDAD DE UNA LEGISLACION ESPECIFICA REAL Y ADECUADA.

Como he mencionado anteriormente, México necesita realmente de una legislación encaminada hacia los problemas específicos de la informática, ya que una de las leyes, la cual estamos estudiando que es la relativa a la Transferencia de Tecnología, presupone que una licencia de uso de un programa de cómputo es igual a un contrato de Know How para hacer maquinaria muy sofisticada o simplemente para hacer automóviles.

La diferencia estriba en lo siguiente:

Contrato de Know How para automóviles.

Supongamos que la Mercedes Benz escoge a un fabricante de automóviles en México, para que éste último tenga la tecnología suficiente y ser capaz de manufacturar automóviles marca Mercedes Benz. La compañía extranjera, de conformidad con la ley de la materia, tiene derecho a contratar con la empresa mexicana hasta diez años. Yo considero que en ese término la empresa Mexicana adquirió los conocimientos suficientes como para ser capaz de hacer un automóvil de la misma calidad que el Mercedes Benz, si bien no un Mercedes Benz, porque en caso de hacerlo sin autorización, invadiría derechos de propiedad industrial.

El caso es que si hubo una real Transferencia de Tecnología, ya que los mexicanos son sabedores de ésta y nadie puede quitarles ese conocimiento.

Contrato de Licencia de Uso de Programas de Cómputo.

En éste caso, ejemplificaré una situación que se da casi todos los días en el ámbito de comercialización del software.

Existe un licenciatarío de programas de cómputo en México, que ha celebrado en contrato de licencia con una empresa de software norteamericana (licenciante); ésta última le otorgó los derechos a la primera a fin de que comercializara dicho producto en México y/o en otros países, a efecto de otorgar sublicencias a usuarios finales.

El licenciatarío otorga en sublicencia a un tercero dichos programas de cómputo. Este tercero los utiliza para incrementar la productividad de su empresa por un término de 5 años o menos; al término del contrato de sublicencia, el tercero tendría que devolver el programa de cómputo al licenciante, y no lo podrá utilizar más, ya que de lo contrario invadiría derechos de propiedad intelectual (Derechos de Autor).

De lo anterior se desprende que el usuario final no aprendió jamás a diseñar un programa de cómputo que le ayudase a incrementar

la productividad de la empresa, y por lo tanto, jamás existió una transferencia de tecnología.

Así vemos que aunque es obligatorio el registro de los contratos que versan sobre programas de cómputo ante el R.N.T.T., y aún mas, que se estudien indiferentemente con los relativos a máquinas o similares, el procedimiento resulta meramente administrativo sin que exista un verdadero apoyo gubernamental --- hacia la industria informática mexicana, por lo que considero que es muy necesaria una ley elaborada con asesoría de expertos en la materia y así realmente poder incrementar dicha industria.

Aunado a lo anterior, considero de suma importancia el que la -- autoridad responsable del estudio de dichos contratos, cuente - con el equipo y personal requerido, para que no sea objeto de - trampas de algunos malos Mexicanos.

Si bien podriamos ahondar muchísimo más sobre este tema, considero que primeramente había que encontrar una legislación realmente aplicable y un interés profesional de los abogados de México, ya que no existen en la actualidad más de tres firmas de abogados que se dediquen a esta materia en el país.

VIII.- LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS EN LA NUEVA LEY DE TRANSFERENCIA DE TECNOLOGIA.

Los recursos legales a que me referiré en este capítulo son los que en la mayoría de las legislaciones administrativas están contenidas, siendo el de Reconsideración y el de Revocación.

Explicaré la procedencia de ambos y su fundamentación jurídica.

Comenzaré por explicar el recurso administrativo de Reconsideración.

La propia Ley Sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas, en su artículo décimo tercero, establece la existencia de un recurso administrativo de reconsideración para que puedan hacer uso de él las personas que se consideren afectados por resoluciones de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial.

En cuanto a su naturaleza, estamos en presencia de un recurso de índole procesal, puesto que establece un procedimiento al que pueden acudir los particulares, frente a los actos de autoridad que lesionan los intereses legítimamente tutelados.

En lo que se refiere a su aspecto atributivo, el artículo décimo

tercero otorga un derecho a los particulares que insisten en la posibilidad jurídica de solicitar ante la Autoridad, la reconsideración de sus resoluciones.

Este derecho tiene fundamento en otro de índole más general, que es el que tienen los gobernados "a la legalidad de los actos de la Administración", es decir, a poder "exigir a la Administración que se ajuste en su funcionamiento a las normas legales establecidas al efecto".

En lo que toca a su aspecto obligatorio o impositivo, el precepto invocado, establece la obligación a cargo de la autoridad administrativa que va a conocer el recurso, de resolverlo conforme a Derecho, es decir, de emitir una resolución o dar una respuesta al plantamiento formulado por el particular interesado.

El recurso hecho valer por el particular tiene que satisfacer ciertos requisitos formales y materiales, y si no los reúne es declarado improcedente, por ejemplo, debe interponerse dentro de los quince días hábiles en que sea dictada la resolución. La autoridad al resolverlo, debe acatar lo establecido por las normas adjetivas y de fondo aplicables al caso, pues de lo contrario, el particular puede acudir a la Justicia Federal y obtener su protección y amparo.

Son tres tipos de resoluciones que pueden recaer al recurso -

interpuesto:

- a) Resolución confirmando la decisión que inicialmente había tomado el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología.
- b) Resolución modificatoria, lo que implica que se corrige o enmienda alguna parte de la resolución que inicialmente había expedido el órgano de autoridad competente, y se deja firme o intocada alguna otra, y
- c) Por último, puede recaerle también una resolución que revoque la decisión original y constituya una nueva en un sentido distinto de aquel que se la había dado a la primera.

A mayor abundamiento, pasaré a mencionar los requisitos exigidos por la ley, para interponer el recurso de reconsideración:

- 1.- Se tendrá que solicitar dentro de los quince días hábiles siguientes al que surta efecto la notificación en los términos que señale el Código Federal de Procedimientos Civiles.
- 2.- Deberá ser por escrito ante la propia autoridad, ofreciéndose las pruebas que se consideren pertinentes.

El procedimiento a seguir en la substanciación del recurso es el siguiente:

Las pruebas ofrecidas y admitidas deberán desahogarse en un término no mayor de 30 días hábiles.

Desahogadas las pruebas deberá dictarse la resolución correspondiente en un plazo que no excederá de sesenta días hábiles. Transcurrido ese término, sin que se hubiere dictado resolución, la reconsideración se tendrá resuelta en favor del promovente.

Como se puede observar, la autoridad tiene la facultad de resolver sobre la procedencia del recurso en un término de noventa -- días hábiles, sin embargo, existen varias lagunas en el precepto que se comenta, ya que no se establece que sucede si no se desahogan las pruebas en el término de 30 días hábiles, y consecuentemente el término de 60 días hábiles se verá afectado.

Es menester mencionar que en el procedimiento relativo, no todo el desahogo de las pruebas corresponde al recurrente, por ejemplo, si el mismo recurrente solicita una inspección y la autoridad no ordena su desahogo en un término menor de 30 días hábiles, el tiempo que transcurra será en perjuicio de la propia autoridad?

Existe otro medio de impugnación establecido por el artículo 24 de la misma ley, que a la letra dice:



"ARTICULO 24.- En todos los casos, los interesados tendrán derecho de audiencia para -- oponer sus objeciones a las sanciones que se les impongan. La autoridad responsable deberá dictar su resolución sobre los mismos en un término de quince días contados a partir de la presentación.

Si no se interpusiera el recurso correspondiente dentro de un plazo de quince días, la sanción se tendrá como firme y no podrá ser recurrida ante ninguna autoridad".

En mi opinión, considero que en este precepto se dejan fuera de las resoluciones de la autoridad en cuanto a la procedencia de inscripción de los contratos y se refiere solamente a las resoluciones que impongan sanciones de tipo pecunario a los particulares.

Es importante, indicar que el artículo 24 de la ley contiene un -- recurso administrativo y no jurisdiccional, puesto que se interpone ante un órgano de la Administración Pública Federal y tiene -- por objeto revocar, modificar, anular o confirmar un acto administrativo expedido por aquel.

Sin embargo, mucho se discute en la doctrina nacional y extranjera si la autoridad administrativa que resuelve el recurso realiza una función jurisdiccional o administrativa. El maestro Gabino Fraga se inclina por lo segundo, pero como en esta obra no es el lugar oportuno para estudiar esa cuestión, me basta con señalar que a mi me parece que la función que lleva a cabo el órgano que decide, es de índole administrativa. (28).

Si bien observamos que en el artículo antes transcrito no se establece un procedimiento a seguir para la substanciación del recurso, considero que este se deberá oponer por escrito ofreciendo las pruebas que la parte afectada considere necesarias para la revocación de la resolución correspondiente.

CONCLUSIONES.

1.- Habiendo llegado al final de mi trabajo, y tras haber consultado diversas obras académicas, así como mi poca experiencia profesional, he llegado a la firme conclusión de que debido a la novedosa aparición en el mundo tecnológico de los programas de cómputo, también llamados técnicamente software, el legislador no ha sabido encuadrar este concepto, pero como no se podía haber dejado fuera de la observancia de la ley a esta nueva tecnología, se consideró pertinente que el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología, fuera el encargado de vigilar los contratos relativos a esta materia, no observándose que la ley correspondiente fué creada para otro tipo de cuestiones muy diferentes a esta área, y por ende en su espíritu muy alejado de lo que es la comercialización de los programas de cómputo.

Deseo que esta tesis sirva de aportación a las diferentes generaciones de abogados que algún día tendrán que legislar, para que se compenetren en esta materia y se lleva a cabo la verdadera adecuación a la realidad del software.

He tratado durante el desarrollo de esta tesis, el hacer ver que es definitivamente importante la creación de una ley que, con fundamentos generales, se adecúe a la comercialización del software, y que el legislador al proyectar esa nueva ley, tenga la asistencia de personas que conozcan el medio y se -

tome la opinión de países donde esta industria se haya desarrollado mayormente.

- 2.- Igualmente, sugiero la creación de un órgano gubernamental con gente debidamente capacitada, para el estudio de los contratos de informática, donde los particulares puedan ser entendidos en sus pretensiones y se deje desarrollar libremente a esta creciente industria, que en lo futuro, será tan cotidiana en otros países, que si no avanzamos ahora, México se quedará estancado en su desarrollo tanto como económico como social, no teniendo competitividad internacional y viendo que otros países donde sí se está dando ahora ese apoyo, estén a la vanguardia tecnológica en relación a la informática.
- 3.- Asimismo, sugiero la creación de una materia universitaria en la carrera de Derecho donde se de a conocer al alumnado la relación que existe entre la informática y el derecho, para que siempre los abogados estén igualmente capacitados que otros profesionistas y puedan ocupar grandes lugares en la estructura social Mexicana.

## B I B L I O G R A F I A

- 1.- ACOSTA ROMERO MIGUEL  
Teoría General del Derecho  
Administrativo.  
México.  
Editorial Porrúa, 1983.
- 2.- ALVAREZ JOAQUIN  
Discurso Foro Hotel Aristos  
México, Marzo 1985.
- 3.- ALVAREZ SOBERANIS JAIME  
La regulación de las Invenciones  
y Marcas y de la Transferencia -  
de Tecnología.  
México.  
Editorial Porrúa, 1981.  
Unica Edición.
- 4.- ARNOLD ROM Y THOMAS F. SINEGAL JR.  
Technology Licensing Vol. I and II.  
E. U. A.  
Cocharmen Practicing Law Institute.
- 5.- COMPUTER LAW REPORTER, WASHINGTON, D.C.  
Computer Law Developments, Vol. I.  
E. U. A.  
Unica Edición.
- 6.- COMT MULLER B.  
The top 50's U.S. Companies in Data  
Processing Industry Data Nation.  
E. U. A.  
Junio, 1977.

- 7.- DE PINA RAFAEL  
Elementos del Derecho Civil  
Mexicano. Vol. I.  
México.  
Editorial Porrúa, 1956.  
Primera Edición.
  
- 8.- Diario Oficial de la Federación  
Octubre 8 de 1984.  
Talleres Gráficos de la Nación.
  
- 9.- HOFFMAN PAUL S.  
The Software Legal Book  
E. U. A.  
Carnegie Press, 1981.  
Única Edición.
  
- 10.- JEAN RIVERO  
Droit Administratif.  
Francia.  
Ed. Dalloz  
Quinta Edición.
  
- 11.- Ley del Impuesto Sobre la Renta  
Talleres Gráficos de la Nación.  
México.  
Publicada en el Diario Oficial el  
11 de enero de 1982.
  
- 12.- LERDO DE TEJADA FRANCISCO  
Código Fiscal de la Federación  
Comentado y Anotado.  
México.  
Editorial Porrúa, 1972.  
Segunda Edición.

- 13.- Ley Sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 11 de enero de 1982.
  
- 14.- Ley Sobre el Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 28 de diciembre de 1972.
  
- 15.- Reglamento de la Ley sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 25 de noviembre de 1982.
  
- 16.- Revista Informativa de la I.B.M. México, 1981  
Única Edición por I.B.M.
  
- 17.- SECRETARIA DE PROGRAMACION Y PRESUPUESTO. Contratos estandar de arrendamiento con opción de compra, compra-venta y mantenimiento de bienes informáticos para la -- Administración Pública Federal. México, 1983.
  
- 18.- SECRETARIA DE PROGRAMACION Y PRESUPUESTO. Revista Comunidad Informática. México, 1982.

- 19.- SECRETARIA DE PROGRAMACION Y PRESUPUESTO.  
Revista La Informática y El Derecho.  
México.  
CGSNEGI, 1983.  
Unica Edición.
- 20.- SERRA ROJAS ANDRES  
Derecho Administrativo  
México.  
Editorial Porrúa, 1982.  
Décima Segunda Edición.
- 21.- SOMA JOHN T.  
Computer Technology and the Law.  
E. U. A.  
Editorial Holbein St.
- 22.- S. WIENCZEK MIGUEL, M. BUENO GERARDO Y  
NAVARRETE JORGE EDUARDO.  
La Transferencia Internacional de Tecnología:  
El caso de México.  
México.  
Fondo de Cultura Económica, 1979.  
Unica Edición.
- 23.- THE ARIZONA LAW INSTITUTE AND THE ARIZONA STATE  
UNIVERSITY COLLEGE.  
Computer Law International  
E. U. A. 1984.
- 24.- VERA VALLEJO LUIS  
Computer World  
México.  
Noviembre 1983.  
Unica Edición.