

LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO APLICABLE AL LLAMADO CONTRATO INFORMÁTICO

Ricardo CORTÉS ONTIVEROS*

A Chary y Ricardo Enrique
*Con mi amor y mi gratitud. Por los desvelos y
las Desmañanadas en que incansablemente me
acompañaron apoyándome con su paciencia.*

SUMARIO: *Introducción. I. El contrato. A) Concepto general; B) Concepto legal; C) Clasificación de los contratos: a) Clasificación legal; b) Clasificación doctrinal. II: La Teoría General del Contrato: A) Naturaleza jurídica del contrato; B) Los elementos de existencia del contrato: a) El consentimiento; b) El objeto; C) Los requisitos de validez del contrato: a) La capacidad; b) La ausencia de vicios en el consentimiento; 1. El error. 2. El dolo. 3. La violencia. 4. La lesión. c) La licitud en el objeto, motivo o fin; d) La forma. III. El Contrato Informático: A) Concepto de contrato informático; a) Concepto de contrato; b) Concepción de lo informático; c) Concepto de contrato informático. IV. La Teoría General del Contrato, aplicable al llamado Contrato Informático: A) El consentimiento en el contrato informático; B) El objeto en el contrato informático. a) Bien informático. b) Servicio informático. Conclusiones. Bibliografía.*

INTRODUCCIÓN

El trabajo que presentamos se va tornando como un tópico bastante interesante a la luz del Derecho Civil, que no ha logrado avanzar a la velocidad en que si lo ha hecho la tecnología moderna.

Saber que un contrato que tal vez se celebre miles, o tal vez millones de veces, en un día, despierta la duda de qué pasa cuando ha nacido el contrato, ha cumplido con los requisitos de validez, y una de las partes

* Profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM

no cumple, qué legislación aplicar, la común, la internacional, siempre con desventajas para nuestros connacionales.

La inquietud profesional nace precisamente de darnos cuenta o preguntarnos si hay la producción de efectos jurídicos de un acto jurídico, indudable, que se celebra entre dos o más personas que sentadas ante una computadora, por medio de e-mail, o de la internet, transfieren, adquieren, cambian u obsequian algún bien, cualquiera, no precisamente informático.

Nuestra primer postura es la más fácil, la de decir que el contrato informático no tiene una regulación jurídica, que existe una laguna en la ley, pero como estudiosos de la Ciencia Jurídica, no podemos conformarnos con decir lo anterior.

Ante la reflexión jurídica, sin saber a ciencia cierta, sino mediante intuiciones, nos propusimos demostrar que la Teoría General del Contrato, regulada por el Código Civil, era aplicable al llamado contrato informático.

Para demostrar lo anterior, primero debemos analizar la acepción llana y la jurídica de contrato, para pasar a analizar lo que la ley establece al respecto. Asimismo vimos la clasificación que la propia ley hace del contrato, y la que la doctrina agrega, para poder o tratar de encontrar la naturaleza jurídica del contrato informático.

Posteriormente nos propusimos analizar a grandes rasgos la llamada Teoría General del Contrato, estudiando básicamente su esencia y su validez, para poder determinar si en los elementos de esencia del contrato, o en los requisitos de validez del mismo, encontraríamos la diferencia específica, es decir, el elemento informático del contrato materia de nuestro estudio.

Nuestro siguiente paso fue tratar, a partir de los elementos aportados en la definición y en los elementos que lo componen, de entender qué es un contrato informático y definirlo a la luz de lo que ya habíamos analizado.

Finalmente concluimos estableciendo que el contrato informático es una especie del género contrato, y que por consiguiente, se le puede y se le debe aplicar la Teoría General del Contrato.

I. EL CONTRATO

A) *Concepto General*

Lo primero que se nos ocurre es preguntarnos qué entendemos, o qué entiende la gente coloquialmente por contrato.

Recurrimos al Diccionario de la Lengua Española,¹ que nos dice que la palabra contrato deriva de la palabra latina *contractus*, que significa pacto o convenio, oral o escrito, entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas.

En sus diversas acepciones, tomando las más importantes y que obviamente tienen que ver con la materia jurídica, nos dice que:

Contrato aleatorio es aquél cuya materia es un hecho fortuito o eventual. El que se hace a riesgo y ventura renunciando los contratantes a las consecuencias legales del caso fortuito;

Contrato bilateral es el que hace nacer obligaciones recíprocas ente las partes;

Contrato conmutativo es el bilateral en que las prestaciones recíprocas son equivalentes y determinadas. Se contrapone al contrato aleatorio;

Contrato consensual es el que se perfecciona por el solo consentimiento; y,

Contrato innominado es el que sin adaptarse a los que tienen nombre en la ley, celebran las partes usando la libertad de pactar.

B) Concepto Legal

El contrato es una institución tan vieja que se conoció desde la Roma antigua. “La figura jurídica del contrato es una institución que ha existido desde hace bastante tiempo, la cual fue perfeccionada por los juristas romanos. El contrato es una pieza fundamental de la Teoría de las Obligaciones y, por ende, del Derecho Civil”.² A continuación, lo procedente es buscar la definición que sobre contrato, proporciona la ley.

¹ *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, Tomo I, a-g, 21ª ed., p. 560

² MEMORIAS VIII CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO E INFORMATICA, celebrado del 21 al 25 de noviembre de 2000 por la Federación Iberoamericana de Asociaciones de Derecho e Informática (FIADI), y el Departamento de Derecho del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey (ITESM), Campus Estado de México (CEM), coordinado por el Dr. Julio Téllez Valdes Ponencia “TEORIA DEL CONTRATO INFORMATICO”, sustentada por Eduardo DE LA PARRA TRUJILLO

Al respecto, al consultar la legislación común, encontramos que tanto el Código Civil para el Distrito Federal, como el Código Civil Federal, coincidentes ambos, en el Libro Cuarto, Primera parte, Título Primero, nos dicen lo siguiente:

CAPITULO I: *Contratos*

ARTÍCULO 1,792. Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.

ARTÍCULO 1,793. Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.

Aunque debido a la reforma del 30 de mayo de 2000, ahora contamos con dos códigos, uno federal y otro local, en esta materia no son distintos, pues coinciden incluso en los numerales, siempre que en este trabajo nos refiramos al código, la ley, o simplemente anotemos el artículo, lo estaremos haciendo al Código Civil para el Distrito Federal.

De los transcritos preceptos legales desprendemos que existe una relación de género a especie, siendo el primero el convenio, y el segundo el contrato.

Por su parte el maestro Ernesto Gutiérrez y González³ habla de tres distintos tipos de convenios, los convenios *lato sensu*, los convenios *stricto sensu*, y los contratos.

De donde se infiere lo siguiente:

Convenio en sentido amplio (género), es el acuerdo de dos o más personas para *crear, transferir, modificar o extinguir* obligaciones, (artículo 1792);

Convenio en sentido estricto (especie), es el acuerdo de dos o más personas para *modificar o extinguir* obligaciones, (artículo 1793, interpretado a *contrario sensu*); y,

Contrato (especie), es el acuerdo de dos o más personas para *crear y transferir* obligaciones, (artículo 1793).

De lo escrito en líneas arriba, podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, usando el juego de palabras que suele usarse para hacer énfasis en la diferencia de género a especie:

³ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *Derecho de las Obligaciones*, Ed. Cajica, 5ª ed., México, 1976, pp 183 y 184

- a). Que todo contrato es un convenio (en sentido amplio), pero no todo convenio (en sentido amplio), necesariamente tiene que ser un contrato; y,
- b). Que todo convenio (en sentido restringido), es un convenio (en sentido amplio), pero no todo convenio (en sentido amplio), necesariamente tiene que ser un convenio (en sentido estricto).

Podemos concluir diciendo que la ley conceptúa al *contrato* como el *acuerdo de dos o más personas para crear o transferir derechos y obligaciones*.

C) *Clasificación de los contratos*

a). *Clasificación legal*

El Código Civil en los artículos del 1835 al 1838, establece una clasificación para los contratos que, por estar contenida en él, se le ha denominado clasificación legal. Los artículos de referencia a la letra dicen:

ARTÍCULO 1835. El contrato es unilateral cuando una sola de las partes se obliga hacia la otra sin que ésta le quede obligada.

ARTÍCULO 1836. El contrato es bilateral cuando las partes se obligan recíprocamente.

ARTÍCULO 1837. Es contrato oneroso aquel en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos; y gratuito aquel en que el provecho es solamente de una de las partes.

ARTÍCULO 1838. El contrato oneroso es conmutativo cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause éste. Es aleatorio, cuando la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que hace que no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida, sino hasta que ese acontecimiento se realice.

De donde desprendemos que la clasificación que la ley hace del contrato, es la siguiente:

El contrato puede ser:

Unilateral. Cuando una sola de las partes se obliga hacia la otra sin que ésta le quede obligada;

Bilateral. Cuando las partes se obligan recíprocamente;

Oneroso. Cuando se estipulan provechos y gravámenes recíprocos;

Gratuito. Cuando el provecho es solamente para una de las partes;

Conmutativo. Cuando siendo oneroso, las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal manera que pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que éste les cause; o,

Aleatorio. Cuando siendo oneroso, la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que hace que no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida, sino hasta que dicho acontecimiento se realiza.

b) *Clasificación doctrinal*

Debido a que se considera que la clasificación aportada por la ley, no es suficiente, a nivel doctrinal se han intentado múltiples clasificaciones del contrato, podríamos aventurar que casi cada autor tiene su propia clasificación. Sin embargo, haciendo un esfuerzo de unificación y sistematización, diremos que la clasificación doctrinal, es la siguiente: El contrato puede ser:

Principal. El que nace y subsiste por sí mismo;

Accesorio. El que nace y subsiste en razón de otro acto jurídico, al cual se subordina y cuya suerte sigue. En ellos opera el principio de que “lo accesorio, sigue la suerte de lo principal”. A este contrato también suele denominarse contrato de garantía, pero cabe aclarar que los contratos de garantía no siempre, ni necesariamente son contratos accesorios;

Formal. Es el contrato en el que la manifestación de la voluntad debe revestir una determinada forma, y de no observarse ésta, el contrato será nulo;

Consensual en oposición a formal. Es aquél contrato que no requiere revestir una forma determinada, se perfecciona por el solo acuerdo de voluntades de las partes, como quiera que éstas se manifiesten;

Consensual en oposición a real. Es el contrato que se perfecciona por el solo acuerdo de voluntades, sin que resulte necesario, para su validez, que se entregue la cosa.

Real. Se clasifica de esta manera al contrato que mientras no se entregue la cosa, no se perfecciona. Actualmente sólo tenemos un contrato que se perfecciona con la entrega de la cosa, la prenda;

Nominado. Es el contrato que ha sido objeto de una reglamentación legal, específica;

Innominado. Es el contrato que carece de una reglamentación legal, específica, no obstante ello, por disposición del artículo 1858 del Código Civil para el Distrito Federal, deben regirse por las reglas generales de los contratos.

En esta situación se encuentra el *contrato informático*, por ello creemos que se le puede regular, aplicando al mismo, la Teoría General del Contrato, situación que trataremos de demostrar, pues es el objeto principal de esta investigación documental.

Instantáneo. Es el contrato en el que su celebración y su ejecución tiene lugar en el mismo acto; y,

De tracto sucesivo. Es el contrato que una vez celebrado, su ejecución se prolonga en el tiempo.

II. LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO

La Teoría General del Contrato resulta aplicable a todo acto jurídico que se precie de ser un contrato, ya sea que se trate de los llamados típicos o nominados, o bien, de los atípicos o innominados.

A) *Naturaleza jurídica del contrato*

Las corrientes francesa (teoría bipartita) y la alemana (teoría tripartita), del pensamiento jurídico privado, coinciden de alguna forma en establecer que las consecuencias jurídicas provienen ya de hechos jurídicos, ya de actos jurídicos, según esté ausente, o se presente la intervención voluntaria del ser humano.

De dichas formas del pensamiento jurídico, surge la teoría del acto jurídico y su inordinación, ¡quiénes no recordamos las lecciones del maestro Ortiz Urquidi!⁴

La naturaleza jurídica de todo contrato consiste en que, en tanto es, no solo una, sino la principal de las fuentes del Derecho, al generar derechos y obligaciones, antes que nada, *es un acto jurídico*, y como tal, tanto para su *nacimiento*, como para su *validez* en el mundo del Derecho, requiere de *elementos esenciales* para nacer, y de *requisitos de existencia* para obtener validez en el mundo de las relaciones jurídicas.

Es el Código Civil para el Distrito Federal el que estatuye:

⁴ Cfr. ORTIZ URQUIDI, Raúl *Derecho Civil*, Ed Porrúa, 2ª ed., México, 1982, pp 244 a 250

ARTÍCULO 1794. Para la *existencia* del contrato se requiere:

- I. Consentimiento;
- II. Objeto que pueda ser materia del contrato.

ARTÍCULO 1795. El contrato puede ser *invalidado*:

- I. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas;
- II. Por vicios del consentimiento;
- III. Porque su objeto, o su motivo o fin sea ilícito;
- IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece.

Analizaremos por separado todos y cada uno de estos elementos, para posteriormente, poder comparar si cumple con ellos el llamado contrato informático.

B) *Los elementos de existencia del contrato*

De la lectura del artículo 1794, desprendemos que los elementos de existencia, también llamados por la doctrina jurídica como elementos esenciales de todo acto jurídico –pues el contrato lo es–, se dividen en dos: a) El Consentimiento; y, b) El objeto. Analicemos por separado cada uno de dichos elementos.

a) *El Consentimiento*

Iniciaremos con la definición que sobre consentimiento nos proporciona la doctrina jurídica:

El consentimiento es el acuerdo de dos o más voluntades sobre la creación o transmisión de derechos y obligaciones. Este debe recaer sobre el objeto jurídico y el material del contrato.⁵

El maestro Borja Soriano, señala cómo deben ser las manifestaciones de voluntad al establecer que “...es necesario que éstas tengan una manifestación exterior, la manifestación del consentimiento es un elemento extrínseco del contrato, lo que constituye la forma de él”.⁶

Efectivamente, la manifestación del consentimiento constituye un punto medular, y puede hacerse de manera expresa o tácita.

⁵ PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. *Contratos Civiles*, Ed. Porrúa, 3ª ed., México, 1995, p. 22.

⁶ BORJA SORIANO, Manuel. *Teoría General de las Obligaciones*, Tomo I, Ed. Porrúa, México, 1953, p.

Al respecto, el artículo 1803 del Código Civil para el Distrito Federal, textualmente señala:

ARTICULO 1803. El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlos, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente.

Advertimos que la norma establece que la manifestación expresa del consentimiento puede ser por escrito o verbalmente, pero señala también que puede producirse por “signos inequívocos”, por ejemplo, un simple movimiento afirmativo con la cabeza, así lo señala Borja Soriano: “...Todas estas maneras de manifestar el consentimiento se hacen con el fin de llegar a la celebración del contrato, son manifestaciones directas...”.⁷

Queda claro que el consentimiento no solamente puede hacerse de manera expresa; sin embargo, es pertinente no confundir la manera tácita con el silencio.

El mismo Borja Soriano, categóricamente sostiene que el silencio no es un consentimiento tácito:

El silencio es distinto del consentimiento tácito, porque este es una manifestación de voluntad y el silencio no manifiesta nada...El silencio en sí mismo no produce la aceptación del contrato, sino por las condiciones en que el silencio se presenta y en virtud de las cuales se realiza una aceptación tácita.⁸

En referencia a lo señalado por el autor citado, tenemos un caso, pero no hay que confundir, pues el numeral 2547 del Código Civil para el Distrito Federal, que se refiere al contrato de mandato, trata un caso concretísimo en que las personas profesionistas que ofrecen sus servicios no rehúsan, es decir, guardan silencio, pero no considerado como aceptación tácita, sino porque realizan actos en ejecución del mandato que se les confiere.

Lo anterior nos permite concluir que la regla general es que el silencio en sí, no es un consentimiento tácito, en todo caso, lo podría llegar a ser excepcionalmente sólo si la ley así lo establece de manera categórica.

⁷ *Ídem* p 210.

⁸ *Ídem* p 211

b) *El Objeto*

El objeto de los contratos puede dividirse de dos maneras:

1. *El objeto jurídico* (Sánchez Medal, le llama *objeto-hecho*); y,
2. *El Objeto material* (Sánchez Medal le llama *objeto-cosa*)

A su vez, al *objeto jurídico* u *objeto-hecho*, podemos subdividirlo en: *Objeto jurídico directo*; y, *Objeto jurídico indirecto*.

El *objeto jurídico directo*, radica en la *cosa* que va a darse, o en el *hecho* que se debe hacer o no hacer. (artículo 1824 del Código Civil para el D. F.).

El *objeto jurídico indirecto*, se identifica con la obligación que puede ser de dar, hacer o no hacer.

No perdamos de vista que cuando se trata de obligaciones de “dar”, éstas se refieren a las *cosas*; y si son las de “hacer o no hacer”, se refieren a hechos, ya sea en sentido positivo (hacer), o en sentido negativo (no hacer).

Las obligaciones de *dar*, están previstas en el artículo 2011 del ordenamiento citado, mismo que establece:

ARTÍCULO 2011. La prestación de cosa puede consistir:

- I. En la traslación de dominio de cosa cierta;
- II. En la enajenación temporal del uso o goce de cosa cierta;
- III. En la restitución de cosa ajena o pago de cosa debida.

Y las obligaciones de *hacer* y *no hacer*, están reguladas en los artículos 2027 y 2028 respectivamente del citado ordenamiento:

ARTÍCULO 2027. Si el obligado a prestar un *hecho* no lo hiciere, el acreedor tiene derecho a pedir que a costa de aquél se ejecute por otro, cuando la sustitución sea posible.

Esto mismo se observará si no lo hiciere de la manera convenida. En este caso el acreedor podrá pedir que se deshaga lo mal *hecho*.

ARTÍCULO 2028. El que estuviere obligado a *no hacer* alguna cosa, quedará sujeto al pago de daños y perjuicios en caso de contravención. Si hubiere obra material, podrá exigir el acreedor que sea destruida a costa del obligado.

Por otra parte, el *objeto material*, u *objeto-cosa*, es precisamente aquello que se va a dar, o lo que se va a hacer, o la conducta de la cual hay que abstenerse. Hasta aquí, estamos hablando del hecho positivo o

negativo. El positivo, consiste precisamente en un dar o en un hacer; y el negativo, en un no hacer. El propio Código Civil establece condiciones para que el hecho pueda ser objeto de contrato:

ARTÍCULO 1827. El hecho positivo o negativo, objeto del contrato, debe ser:

- I. Posible;
- II. Lícito.

Como podemos observar, se determinan dos puntos importantes para poder admitir al hecho (positivo o negativo) como objeto directo del contrato.

Martínez Alfaro, aclara que: “La posibilidad del objeto directo del contrato es jurídica y la del indirecto es de dos clases: física y jurídica”.⁹

El citado autor señala en qué radican esas posibilidades. Primero hace referencia a la posibilidad del *objeto directo*, es decir, por lo que se refiere a crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones; a esto lo considera como una posibilidad jurídica, la cual consiste en: “... que la creación, transmisión, modificación o extinción de obligaciones, sea compatible con la norma jurídica que va a regir el acto que tiene ese objeto y sin que tal norma constituya un obstáculo insuperable para la producción de los efectos jurídicos”.¹⁰

Por lo que se refiere a la posibilidad del *objeto indirecto* (la cosa o el hecho positivo o negativo), ésta, como ya señalamos, debe ser física y jurídica.

Para analizar lo anterior, recurrimos de nueva cuenta al maestro Martínez Alfaro, quien habla de la posibilidad física y jurídica de la cosa, y de manera separada de la del hecho.

La posibilidad física de la cosa consiste en que ésta exista en la naturaleza, o sea susceptible de existir...

La posibilidad jurídica de la cosa consiste en que sea determinada o determinable, en cuanto a su especie y además que se encuentre dentro del comercio...¹¹

Resumiendo, tenemos que la cosa objeto del contrato, debe:

- 1° Existir en la naturaleza;
- 2° Ser determinada o determinable en cuanto a su especie; y,
- 3° Estar en el comercio (artículo 1825 CC)

⁹ MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín *Teoría de las Obligaciones*, Ed. Porrúa, 6ª ed., México, 1999, p. 36.

¹⁰ *Ibidem*

¹¹ *Idem* p 36

Se nos dice que en primer lugar la cosa debe existir en la naturaleza, pero el artículo que le sigue, dice:

ARTÍCULO 1826. Las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato. Sin embargo, no pueden serlo la herencia de una persona viva, aún cuando ésta preste su consentimiento.

El punto tercero dice que el objeto del contrato debe estar en el comercio; sin embargo el artículo 747, a la letra dice:

ARTÍCULO 747. Pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no estén excluidas del comercio.

Este artículo tiene conexión con el 1825, pues para poder ser objeto de un contrato, debe estar necesariamente en el comercio.

El artículo 748, apunta:

ARTÍCULO 748. Las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley.

Ello indica que no todas las cosas están en el comercio, por su parte el artículo 749, nos indica cuáles son las cosas que están fuera del comercio:

ARTÍCULO 749. Están fuera del comercio por su naturaleza las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y por disposición de la ley, las que ella declara irreductibles a propiedad particular.

Sintetizando se dice que lo “Incomerciable es lo que no es susceptible de apropiación particular porque por la naturaleza o por la ley está fuera del comercio. En cambio lo inalienable está dentro del comercio pero para proteger a cierto tipo de personas, la ley prohíbe su enajenación, gravamen o embargo...”¹²

Por lo que se refiere a la *posibilidad jurídica*, tratándose de una cosa determinada o determinable, encontramos que los grados son tres, a saber: Género; Especie; e, Individual.

Son muy importantes los grados, porque el género no es aceptado jurídicamente, pues esto lleva a que sea vago el señalamiento.

¹² PEREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo *Op. Cit.* p. 27.

Pues “la determinación en género es vaga e imprecisa, consecuentemente, impide el cumplimiento de la obligación. La especie es una limitación del género; así la determinación en especie se refiere a cosas fungibles que deben determinarse en cantidad, debiéndose ‘individualizar la cosa al momento de exigirse el cumplimiento’. La determinación individual corresponde a las cosas designadas, tanto por su especie, como por sus características que las distinguen de sus semejantes, impidiendo que se confundan con las demás.

Al disponer el código que la cosa debe ser determinada o determinable, exige que la determinación sea en especie o individual, el objeto genérico será imposible jurídicamente, en consecuencia el contrato es inexistente y también sería imposible el cumplimiento de la obligación cuyo objeto está determinado sólo en género...”¹³

Concluimos que si pactamos únicamente sobre el género de la cosa objeto del contrato, éste será imposible de cumplir.

Finalmente, abordemos lo referente a la posibilidad física y jurídica del hecho.

La posibilidad física consiste en que el hecho objeto del contrato esté de acuerdo con las leyes de la naturaleza, es decir que estas leyes permitan su realización, esto es, que no sea un impedimento u obstáculo insuperable para cualquier persona...y que...el hecho objeto jurídico sea conforme a la norma jurídica que lo va a regir (artículo 1828), pues en caso de que ese hecho no se adecue a la norma, ésta impedirá que se produzcan los efectos jurídicos del acto que tiene por objeto ese hecho que es jurídicamente imposible por ser incompatible con la norma de derecho; o sea la norma viene a ser obstáculo insuperable para la producción de los efectos jurídicos.¹⁴

C) *Los requisitos de validez del contrato*

De conformidad con el artículo 1795, interpretado a *contrario sensu*, los requisitos necesarios para que todo acto jurídico, entre ellos el contrato, tenga validez, son: la Capacidad; la ausencia de vicios en el consentimiento; la licitud en el objeto, motivo o fin; y, la forma.

Expliquemos en qué consiste cada uno de estos requisitos.

¹³ MARTINEZ ALFARO, *Op Cit* p. 37

¹⁴ *Ídem* pp 38 y 39

a) *La Capacidad*

Se concibe a la capacidad como: "...la aptitud para ser sujeto de derechos y hacerlos valer".¹⁵

Se divide en capacidad de goce y capacidad de ejercicio.

Ambas son importantes. Pérez Fernández del Castillo, define a la capacidad de goce como: "...la aptitud que tiene una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones. La regla general es que todos los individuos son capaces desde su nacimiento; la excepción es la incapacidad...".¹⁶

La otra capacidad es la de ejercicio y ésta la hay: "...cuando la persona puede ejercer por sí mismo sus derechos y obligaciones".¹⁷

Sintetizando, debemos decir que las personas no sólo pueden ser titulares de derechos y obligaciones, sino que ellas mismas pueden defenderlos y cumplir con sus obligaciones.

b) *La ausencia de vicios en el consentimiento*

La intención en todo contrato es la de obtener una voluntad no viciada, "una voluntad libre, consciente", como la denomina Planiol,¹⁸ en sentido positivo ya que nuestra legislación lo hace en forma negativa, como pudimos observar de la transcripción precedente del artículo 1795.

El artículo 1812 del Código Civil para el Distrito Federal establece como vicios del consentimiento: *el error, la violencia y el dolo*:

ARTÍCULO 1812. El consentimiento no es válido si ha sido dado por *error*, arrancado por *violencia* o sorprendido por *dolo*.

En la doctrina algunos autores consideran dentro de estos a *la lesión*, veamos en que consisten cada uno de ellos.

1. El *error*. "El error es una creencia sobre algo del mundo exterior o interior físico, que está en discrepancia con la realidad, o bien es una falsa o incompleta consideración de la realidad. Pero siempre, aunque

¹⁵ BORJA SORIANO, *Op. Cit.* p. 274.

¹⁶ PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, *Op. Cit.*, p. 28.

¹⁷ *Ibidem*

¹⁸ PLANIOL, Marcel. *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Ed. Harla, México, 1993, p. 155.

este en error, se tiene un conocimiento, equivocado, pero un conocimiento al fin y al cabo”.¹⁹ Existen distintos tipos de error, a saber:

Error de aritmética o de cálculo. Sólo da lugar a su reparación:

ARTICULO 1814. El error de cálculo sólo da lugar a que se rectifique.

Error de hecho: Recae sobre hechos materiales, y a su vez se divide en tres: error obstáculo; error nulidad, y error indiferente.

Error de derecho. Recae sobre una regla de Derecho.

ARTICULO 1813. El error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa.

2. *El dolo.* Dentro del error se consideran dos figuras: El dolo, y La mala fe.

Cabe señalar que para Borja Soriano, el dolo y la mala fe no constituyen vicios del consentimiento, sino fuentes para producir el error.

Para dicho autor, el dolo y la mala fe producen las mismas consecuencias, y los diferencia al considerar al dolo, activo y a la mala fe, pasiva.

Veamos que dice la ley sobre el dolo:

ARTICULO 1815. Se entiende por *dolo* en los contratos, cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes...

El mismo artículo proporciona la definición sobre mala fe:

...y por mala *fe*, la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido.

¹⁹ GUTIERREZ Y GONZALEZ, *Op Cit.*, p. 327

De lo transcrito se comprende que para inducir a error se requiere de un hacer. En el caso de la mala fe, se necesita de un no hacer para lograr que se produzca el error, pues la persona al encontrarse en error, simplemente no se le saca de él.

El dolo o la mala fe en los contratos, traen como consecuencia la nulidad del contrato, así se desprende de lo estipulado en los artículos 1816 y 1817.

ARTÍCULO 1816. El dolo o mala fe de una de las partes y el dolo que proviene de un tercero, sabiéndolo aquélla, anulan el contrato si ha sido la causa determinante de este acto jurídico.

ARTÍCULO 1817. Si ambas partes proceden con dolo ninguna de ellas puede alegar la nulidad del acto o reclamarse indemnizaciones.

3. *La violencia*. La definición de violencia aparece en el artículo 1819, mismo que indica que:

ARTÍCULO 1819. Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado.

Este es otro de los elementos importante, para considerar que hay vicios en el consentimiento, y por consiguiente, origina la nulidad del contrato.

ARTÍCULO 1818. Es nulo el contrato celebrado por violencia, ya provenga ésta de alguno de los contratantes, ya de un tercero, interesado o no en el contrato.

Sin embargo, es el propio Código Civil el que establece los casos en los cuales no puede, ni debe considerarse que existe violencia:

ARTÍCULO 1820. El temor reverencial,²⁰ esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento.

²⁰ Se le llama *temor reverencial*, cuando una persona no protesta o no se inconforma por no molestar, o por no ser rechazado, a otro a quien le tiene respeto.

ARTÍCULO 1821. Las consideraciones generales que los contratantes expusieren sobre los provechos y perjuicios que naturalmente pueden resultar de la celebración del contrato, y que no importen engaño o amenaza alguna de las partes, no serán tomadas en cuenta al calificar el dolo o la violencia.

Finalmente se establece en el numeral 1823, que quien conozca el dolo una vez terminada la violencia, y ratifica el contrato, no podrá reclamar después a causa de ella:

ARTÍCULO 1823. Si habiendo cesado la violencia o siendo conocido el dolo, el que sufrió la violencia o padeció el engaño ratifica el contrato, no puede en lo sucesivo reclamar por semejantes vicios.

4. *La lesión.* La lesión es otro de los vicios del consentimiento, pues existiendo, se otorga un consentimiento cuya validez puede ser cuestionada.

Veamos que nos dice el código al respecto:

ARTÍCULO 17. Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro; obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, más el pago de los correspondientes daños y perjuicios. El derecho concedido en este artículo dura un año.

A este vicio del consentimiento se le ha considerado como un vicio subjetivo, y a su vez como un vicio objetivo.

Se dice que es subjetivo, porque el transcrito artículo 17, indica las características de la persona perjudicada; es decir, que debe tratarse de un individuo con “suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria”, características que van a ser explotadas por otra persona.

Y se dice que a la vez es un vicio objetivo, porque también señala el fin que se persigue al explotar las características del perjudicado; es decir, obtener “un lucro excesivo, que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga”.

c). *La licitud en el objeto, motivo o fin*

La fracción II del artículo 1827 del Código Civil para el Distrito Federal, precisamente establece que el objeto del contrato debe ser “lícito”:

ARTÍCULO 1827. El hecho positivo o negativo, objeto del contrato, debe ser:

- I.- Posible;
- II.- Lícito.

La pregunta que en seguida se plantea es ¿qué debemos considerar que es lícito?

El artículo 1830 literalmente dice:

ARTÍCULO 1830. Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.

Haciendo una interpretación de dicha norma, en sentido contrario, obtenemos que: *“es lícito el hecho que no es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres”*.

La ilicitud trae como consecuencia directa la nulidad del contrato:

ARTÍCULO 8°. Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario.

Como podemos darnos cuenta “...el concepto de ilicitud lo basa el Código Civil en dos categorías, (sic) todo hecho que es contrario a las leyes de orden público, sin embargo no determina cuáles son las leyes de orden público y esto es un problema grave porque desbordan a nuestro juicio al Derecho Civil y entra en el campo del Derecho Constitucional y Administrativo”²¹

En esta parte, para distinguir adecuadamente, es conveniente recordar los diversos tipos de ley existentes, toda vez que el precitado artículo, alude a las “leyes prohibitivas o de interés público”.

De esta manera tenemos que “...podemos clasificar las leyes en: *permisivas*, que son las que suponen la voluntad de las partes; *prohibitivas*, que limitan la actuación de los particulares por ir en contra del interés general; y, *preceptivas*, que son las que interesan más a la sociedad que a los particulares, como por ejemplo las leyes constitucionales, administrativas...”²²

²¹ ACOSTA ROMERO, Miguel, et al., *Código Civil para el Distrito Federal, Comentarios, legislación y jurisprudencia*, volumen IV, del artículo 1792 al 2242, Ed. Porrúa, México, 1998, p. 10.

²² PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, *Op. Cit.* p. 35.

Por su parte el artículo 1795, en la fracción III, establece que el contrato será inválido cuando su *objeto*, o su *motivo o fin* sea ilícito. Luego, entonces la ilicitud trae consigo la invalidez del contrato y su nulidad.

Como podemos darnos cuenta, no solo el objeto (tanto material, como jurídico) debe ser lícito, pues el artículo 1831, establece:

ARTÍCULO 1831. El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan, tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres.

Por consiguiente, tanto la razón que motiva la celebración del contrato, como lo pretendido con éste, debe ser lícito, es decir, debe estar acorde a las leyes de orden público y a las buenas costumbres.

d) *La forma*

La forma, formalidad o revestimiento que debe tener el contrato, se encuentra prevista como requisito de validez, en la fracción IV del artículo 1795.

Se regula por los artículos siguientes:

ARTÍCULO 1832. En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley.

ARTÍCULO 1833. Cuando la ley exija determinada forma para un contrato, mientras que éste no revista esa forma no será válido, salvo disposición en contrario; pero si la voluntad de las partes para celebrarlo consta de manera fehaciente, cualquiera de ellas puede exigir que se dé al contrato la forma legal.

ARTÍCULO 1834. Cuando se exija la forma escrita para el contrato, los documentos relativos deben ser firmados por todas las personas a las cuales se imponga esa obligación.

Si alguna de ellas no puede o no sabe firmar, lo hará otra a su ruego y en el documento se imprimirá la huella digital del interesado que no firmó.

Tales disposiciones en el fondo contienen una declaración que rige como regla general, en el sentido de que no se requieren formalidades para los contratos, salvo en los casos en que expresamente la ley exige

para la validez del contrato, que éste revista cierta forma (escrito privado, sin ratificación de firmas, escrito privado con la presencia de testigos, con ratificación de firmas, o escrito público ante notario público, autoridad jurisdiccional o administrativa).

Ello obedece a una reminiscencia, ya que durante muchos años se ha hablado de la consensualidad y de la autonomía de la voluntad de las partes en la celebración de los contratos.

De tal manera que la falta de este requisito en los contratos, cuando así lo exija la ley, acarreará la invalidez del contrato y como consecuencia su nulidad.

Como corolario de este capítulo dejaremos anotado que si se cumple con todos los elementos de existencia y con los requisitos de validez analizados, entonces el contrato es obligatorio. Es decir, opera el principio conocido como *pacta sunt servanda* (los pactos deben ser cumplidos).

El Código Civil así lo señala en sus artículos 1796 y 1797:

ARTÍCULO 1796. Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley.

ARTÍCULO 1797. La validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

En el primero de los numerales citados encontramos lo que la doctrina denomina la autonomía de la voluntad, la ley suprema de los contratos.

III. EL CONTRATO INFORMÁTICO

A) *Concepto de contrato informático*

“Esbozar un concepto de contrato informático, no es tarea sencilla. La bibliografía es escasa y además imprecisa...”²³ Sin embargo intentare-

²³ MEMORIAS VIII CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO E INFORMÁTICA, *Op. Cit.* p. 1

mos esbozar un concepto de contrato informático, con la ayuda de los recursos al alcance.

a) *Concepto de contrato*

Respecto de la definición de contrato, nos remitimos a lo que dejamos asentado, en donde, después de un análisis de lo que establece el código, concluimos que la ley conceptúa al *contrato* como: “*El acuerdo de dos o más personas para crear o transferir derechos y obligaciones*”.

Con esta definición de contrato *in genere*, que hemos podido desprender de los elementos que nos proporciona la ley, es coincidente lo recientemente establecido en el texto del “Proyecto de Norma Oficial Mexicana proy-nom-151-scfi-2001, Prácticas comerciales-Requisitos que deben observarse para la conservación de mensajes de datos”,²⁴ al dejar asentado en su apartado de definiciones lo siguiente:

3.15 Contrato: Al acuerdo de voluntades que *crea o transfiere* derechos y obligaciones.

3.16 Convenio: Al acuerdo de voluntades que *crea, transfiere, modifica o extingue*, derechos y obligaciones.

Ahora nos corresponde precisar qué es lo que por informático o informática se entiende.

b) *Concepción de lo informático*

Informático, ca. Adj. Perteneciente o relativo a la informática. / 2. Que trabaja o investiga en informática. Apl. A pers., ú t. c. s.

Informática. (del fr. *Informatique.*) f. Conjunto de conocimientos científicos y técnicas que hacen posible el tratamiento automático de la información por medio de ordenadores”.²⁵

La escasa, pero especializada doctrina que hay al respecto, ha dejado asentado que: “La palabra *informática* es un neologismo derivado de los

²⁴ Publicada como *proyecto* para consulta pública, en la primera sección del *Diario Oficial de la Federación*, del viernes 16 de noviembre de 2001, en las páginas 3 a 30

²⁵ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, *Op Cit*, p 1165

vocablos información y automatización, sugerido por Phillipe Dreyfus en el año de 1962.

En sentido general, *la informática es un conjunto de técnicas destinadas al tratamiento lógico y automático de la información para una mejor toma de decisiones*²⁶.

c) *Concepto de contrato informático*

Con el auxilio de los elementos estudiados con antelación, nos atreveríamos a proporcionar una concepción sobre contrato informático, diciendo que:

Contrato Informático es el acuerdo de dos o más personas para crear o transmitir derechos y obligaciones por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología,²⁷ y que tienen que ver con el tratamiento lógico, sistematizado y automático de la información.

Por su parte Eduardo de la Parra Trujillo,²⁸ ha dejado consignado su concepto de contrato informático diciendo que:

Contrato informático es todo acuerdo de dos o más personas que crea o transfiere derechos y obligaciones de contenido informático, ya sea porque su objeto sean bienes y servicios informáticos, o bien sea porque ese acuerdo de voluntades se exteriorizó en forma informática.

El citado ponente, sin siquiera citar la fuente, atribuye al Dr. Julio Téllez, autoridad indiscutible en la materia, —y sin que la hayamos encontrado es su libro—,²⁹ la siguiente definición:

Por *contratos informáticos* podemos entender todo acuerdo de partes en virtud del cual se crean, conservan, modifican o extinguen obligaciones relativas a los sistemas, subsistemas o elementos destinados al tratamiento sistematizado de la información.³⁰

²⁶ TÉLLEZ VALDES, Julio. *Derecho Informático*, Ed McGraw-Hill, 2ª ed., México, 1996, p. 5.

²⁷ Retomando la nueva terminología que la técnica legislativa ha incorporado a diversas normas jurídicas que de alguna manera tienen que ver con la materia, publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el lunes 29 de mayo de 2000.

²⁸ MEMORIAS VIII CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO E INFORMÁTICA, *Op. Cit.* p. 6.

²⁹ Cfr. TÉLLEZ VALDES, Julio. *Derecho Informático*, Capítulo XIII 'Contratos informáticos', Ed. McGraw-Hill, 2ª ed., México, 1996, pp. 95 a 102.

³⁰ MEMORIAS VIII CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO E INFORMÁTICA, *Op. Cit.* p. 7.

Lo que sí pudimos constatar es que el Dr. Téllez ha escrito que “Los contratos informáticos surgen ligados a la inminente comercialización de las computadoras. En un principio, éstas se empleaban, según hemos dicho, en el ámbito científico y militar y posteriormente fueron introducidas en el ámbito de los negocios. Esto originó su rápida comercialización y, por ende, la proliferación de contratos en materia informática, cuya redacción significó una notoria diferencia respecto a lo que podríamos considerar como contratos ‘clásicos’ en función de su alta tecnicidad...Lo cierto es que este tipo de contratos han evolucionado paralelamente con el avance tecnológico, mas no así a la par el Derecho”.³¹

LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO, APLICABLE
AL LLAMADO CONTRATO INFORMÁTICO

El contrato informático se dibuja dentro del esquema del Derecho Civil, como un contrato atípico o innominado, al que por virtud de la norma plasmada en el artículo 1858, le es aplicable la Teoría General del Contrato, es decir, puede contener las cláusulas que las partes crean convenientes, pero las referidas a los elementos esenciales del contrato, aun y cuando no se expresen, se tendrán por puestas, por mandato de la ley, concretamente del artículo 1839.

Veamos que establecen tales dispositivos legales:

ARTÍCULO 1859. Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de estos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos.

ARTICULO 1839. Los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes; pero las que se refieran a *requisitos esenciales del contrato*, o sean consecuencias de su naturaleza ordinaria, se tendrán por puestas aunque no se expresen, a no ser que las segundas sean renunciadas en los casos y términos permitidos por la ley.

Parra Trujillo³² dice que “...La calificación de un contrato cómo informático, responde a la presencia de factores informáticos en los elemen-

³¹ TELLEZ VALDES, *Op Cit*, p 95.

³² MEMORIAS VIII CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO E INFORMÁTICA, *Op Cit.*, p. 3 .

tos de existencia del contrato, pues dichos elementos de existencia significan la esencia misma del contrato, por lo cual el factor informático debe afectar la esencia de un contrato, para poder ser considerado como un contrato informático”.

Dicho factor informático (lo que tiene que ver con el tratamiento automático de la información), podemos encontrarlo en los elementos esenciales, es decir, en los elementos que son necesarios para que un acto jurídico, en la especie un contrato, pueda nacer a la vida jurídica, o sea, para que pueda tener consecuencias de derecho, para que se creen o modifiquen los derechos y las obligaciones de las partes contratantes.

Como ya lo analizamos, los elementos esenciales o de existencia del contrato son: El consentimiento, y el objeto.

Analicemos de nueva cuenta estos elementos, pero ahora a la luz de lo que hemos conceptuado como un contrato informático, que es atípico o innominado, es decir, que no tiene una regulación expresa o específica en la legislación común, pero que no por ello, puede ni debe afirmarse que se encuentra al margen de la ley, pues las reglas generales, de hecho pero también de derecho, le son aplicables.

Es muy importante la distinción que se realiza entre género próximo y diferencia específica.

Podríamos decir que el contrato informático, tiene su género en el contrato *in genere* o contrato en sentido amplio, o pomposamente *lato sensu*; y, su diferencia específica en lo informático.

Con lo anterior podemos afirmar que todo contrato informático, verdaderamente es un contrato (en sentido amplio), pero que no todo contrato (en sentido amplio) necesariamente es un contrato informático.

Precisamente la diferencia específica, es la que hace falta regular en la ley, para que al tener dentro de la ley sus propias particularidades, existan reglas especiales o específicas, que derogan a las reglas generales previstas para todos los contratos, lo que haría de nuestro contrato en estudio, un contrato nominado o típico.

A) *El consentimiento en el contrato informático*

Dijimos que el consentimiento es el acuerdo, concurso o concurrencia de cuando menos dos voluntades, para la creación o transmisión de derechos y obligaciones.

En otras palabras podemos decir que cuando dos o más voluntades se exteriorizan y concurren, se encuentran, acuerdan, se ponen en contacto, de acuerdo, en la creación o transmisión de un derecho (personal o de crédito) a cargo de una; y, como inmediata consecuencia en la creación o transmisión de una obligación (necesidad de cumplimiento) a cargo de la otra, decimos que ha habido consentimiento.

Esta manifestación del consentimiento puede hacerse de manera tácita o de manera expresa, según establece la norma: Código Civil para el Distrito Federal

ARTÍCULO 1803. El consentimiento puede ser *expreso o tácito*. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlos, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente.

El Código Civil Federal³³ por su parte establece, respecto de la manifestación del consentimiento que:

ARTÍCULO 1803. El consentimiento puede ser *expreso o tácito*, para ello se estará a lo siguiente:

I. Será expreso cuando la voluntad se manifiesta verbalmente, por escrito, por *medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología*, o por signos inequívocos, y

II. El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente.

Esta norma de carácter federal amplía la forma tradicional de la manifestación “expresa” del consentimiento, pues permite que el mismo se

³³ Reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el lunes 29 de mayo de 2000.

pueda manifestar por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología.

El Código Civil Federal emplea las expresiones anteriores queriendo referirse también a lo informático, que queda englobado en los medios electrónicos, o bien, en “cualquier otra tecnología”.

De esta manera tenemos que cuando la voluntad de las partes se manifieste de manera expresa a través de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, estaremos ante un contrato informático, contrato por el acuerdo de voluntades para crear o transferir derechos y obligaciones; y el carácter informático por la manera o el medio que se usa para exteriorizar la voluntad.

Con lo anterior queremos decir que, contrario a lo que generalmente pensamos, no es absolutamente necesaria la adquisición (compraventa), regalo (donación) o cambio (permuta) de una computadora (bien informático), o la contratación de los servicios informáticos (obligaciones de hacer), para que estemos ante la presencia de un contrato informático.

Tampoco —como en el Código de Comercio, para “reputar” un acto de comercio—, se requiere necesariamente que uno de los contratantes sea una persona física o moral que se dedica a la venta o renta de computadoras y sus accesorios (*hardware*), o a la instalación de programas computacionales o informáticos (*software*), para considerar que estamos ante un acto jurídico informático, es decir, ante un contrato informático.

Porque quizá dos amigos mayores de edad, que viven uno en Monterrey, y otro en la Ciudad de México, por medio de un e-mail (correo electrónico), se consultan sobre la venta, donación, permuta, etcétera, de una colección de discos de los Beatles, y convienen, es decir, exteriorizan, usando como medio la computadora, su voluntad, uno de querer adquirir y otro de quererlos transmitir gratuita u onerosamente, formando de esta manera el consentimiento expreso a que se refiere el Código Civil Federal.

En ese momento, independientemente de que se pongan o no de acuerdo en el lugar de la entrega, etcétera, ha nacido un contrato informático, por la manera en que se exteriorizó el consentimiento, sin que

ninguno de los dos tenga el carácter de sujeto informático, y sin que tampoco necesariamente, como si fuera un requisito *sine qua non*, el objeto material (la colección de discos) del contrato tenga el elemento informático.

Es decir, el ingrediente o elemento informático, o "...la informaticidad en el consentimiento radica en la manera en que se exterioriza la voluntad".³⁴

B) *El objeto en el contrato informático*

Ya dejamos sentado en el apartado segundo, inciso B), párrafo b) de este trabajo, que el objeto del contrato suele dividirse en tres:

El objeto jurídico directo
El objeto jurídico indirecto, y
El objeto material

Se da por hecho que un contrato es informático cuando la *cosa* a entregar es un bien informático.

Cuando se hace tal afirmación, y se habla de la *cosa*, se está ante el *objeto indirecto* del contrato, que precisamente radica en la cosa que va a darse, o el hecho que se debe hacer o no hacer, según lo dicta el artículo 1824:

ARTÍCULO 1824. Son objeto de los contratos:

- I. La cosa que el obligado debe dar;
- II. El hecho que el obligado debe hacer o no hacer.

Es decir, nos encontramos ante obligaciones de dar, de hacer, o bien, de no hacer.

Antes de avanzar en nuestro análisis es preciso manifestar que tratándose de obligaciones de *dar*, nos encontramos con el término *bien informático*, y cuando hablamos de las obligaciones de *hacer*, que se refiere a la prestación de un servicio, estaremos ante la presencia de los *servicios informáticos*.

³⁴ MEMORIAS VIII CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO E INFORMATICA, p 5

Es preciso que acotemos qué se entiende por unos y qué por otros:

a) Bien informático

...un *bien informático* es toda aquella cosa que está dentro del comercio y sirve para transmitir información en forma automática. Como ejemplos de bienes informáticos...equipo informático (cpu, impresoras, monitores, modems, teclados), suministros informáticos, programas de computación, equipo y suministro de apoyo y auxiliares a la informática.³⁵

Al tratar de buscar cómo se han definido los bienes informáticos en alguna norma, nos encontramos con el Acuerdo del Consejo General del Instituto Federal Electoral por el que se aprueba el *Reglamento que establece los lineamientos para la obtención del dictamen de procedencia técnica para la adquisición y desincorporación de bienes y contratación de servicios informáticos*,³⁶ mismo que en su artículo tres, inciso c), en el glosario referente a la terminología, establece, por lo que al punto de nuestro interés, lo siguiente:

Bienes informáticos: Bienes materiales que sirven para satisfacer las necesidades en materia de gestión, procesamiento, almacenamiento, comunicación o distribución de información digital.

En su artículo 5° hace una lista enunciativa sobre los bienes y servicios informáticos, que, para su adquisición y contratación requieren de un dictamen técnico, y son los siguientes:

1. Bienes informáticos;
2. Equipos y aparatos de comunicaciones;
3. Refacciones y accesorios para equipo de cómputo y comunicaciones;
4. Patentes, regalías, licencias o cualquier otro tipo de derecho por el uso de programas de cómputo y su actualización;
5. Arrendamiento de equipo y bienes informáticos;
6. Sistemas operativos, lenguajes informáticos, programas, aplicaciones o cualquier tipo de sistema que funcione sobre el equipo de cómputo, así como sus actualizaciones y/o extensiones de los mismos;

³⁵ *Ibidem*, p 4.

³⁶ Publicado en la primera sección del *Diario Oficial de la Federación*, de fecha, martes 6 de noviembre de 2001, pp 23 a 29

7. Información en formato digital;
8. Servicios de informática;
9. Estudios e investigaciones en materia de informática o que contengan aspectos informáticos;
10. Servicios de conducción de señales analógicas y digitales;
11. Mantenimiento y conservación de bienes informáticos;
12. Capacitación en el uso de aplicaciones y sistemas informáticos, así como en el manejo y uso de equipos de cómputo;
13. Sistemas de transmisión digitales para datos, audio y video;
14. Proyectos de obra civil para la construcción de inmuebles nuevos conforme a lo establecido en los puntos 15 y 16 de este artículo;
15. Sugerencias en adecuación de inmuebles u oficinas en que se vaya a integrar sistemas de cableado estructurado para red;
16. Instalación y/o reubicación de nodos de red adicionales; y,
17. Todos los demás que se relacionen en materia de informática.

Los contratos también contienen el elemento informático o la informaticidad, cuando el *objeto indirecto* consiste en un hacer, cuando estamos ante la presencia de la *prestación de servicios informáticos*.

b) *Servicio informático*

Por servicio informático debemos entender toda aquella conducta que tenga que ver directamente con lo que arriba se definió como bienes informáticos, como lo son, de manera enunciativa:

1. La capacitación en cuanto a recursos humanos;
2. Servicios de consejería o consultoría;
3. Instalación de equipo computacional;
4. Documentación técnica;
5. Mantenimiento de equipo informático;
6. Auditorías;
7. Manejo de datos; y,
8. Y todos los servicios de apoyo o auxiliares a la informática.

O bien, "...Servicios y/o estudios de análisis, diseño, desarrollo, programación, operación o mantenimiento de sistemas y/o bienes informáticos".³⁷

³⁷ ACUERDO del Consejo General del Instituto Federal Electoral por el que se aprueba el Reglamento que establece los lineamientos para la obtención del dictamen de procedencia técnica para la adquisición y desincorporación de bienes y la contratación de servicios informáticos publicado en la primera sección del *Diario Oficial de la Federación*, de fecha, martes 6 de noviembre de 2001, pp. 23 a 29.

En nuestra búsqueda documental, indudablemente encontramos otras normas jurídicas que se refieren, sobre todo en cuanto de adquisición se trata, a los *bienes informáticos*, o a los *servicios informáticos*, pero sin emitir una definición sobre los mismos.

Las enunciaremos sólo para demostrar que en materia de informática el legislador ha sido bastante tibio, pero de alguna forma demuestra que tampoco ha querido quedarse al margen del avance tecnológico. Ellas son:

- Fracciones V y X, del artículo 26 del Estatuto Orgánico del Colegio de Educación Profesional Técnica;
- Fracción III, del artículo 31 del Estatuto Orgánico de Caminos y Puentes Federales de Ingresos y Servicios Conexos;
- Inciso c), del artículo 53 del Estatuto de la Organización Técnica y Administrativa y del Servicio de Carrera de la Cámara de Diputados; y,
- Fracción III, del artículo 25 del Estatuto Orgánico del Instituto Mexicano de la Juventud.

El Dr. Téllez ha elaborado una lista enunciativa, que no limitativa, de algunos de los principales contratos informáticos, que de alguna manera tienen en su objeto indirecto, el elemento informático, lo que les da tal carácter:

- Contratos de material o de sistema.
- Compatibilización de equipos y de programas.
- Servicios y aprovisionamiento de refacciones.
- Contratos de programa-producto
- Adquisición de programas.
- Licencia de uso de programas.
- Desarrollo de programas.
- Análisis y tratamiento de datos.
- Contrato de mantenimiento.
- Contrato de asesoría.
- Contrato de formación o capacitación, etcétera.³⁸

Para concluir podemos dejar establecido que la Teoría General del Contrato le es aplicable al llamado *contrato informático*, no siendo estrictamente necesario que uno de los sujetos contratantes tenga la cali-

³⁸ TELLEZ VALDES, *Op. Cit.*, p 98.

dad de sujeto informático, ni que necesariamente el objeto material, es decir el bien que va a entregarse, sea necesariamente un bien informático.

En cuanto a los bienes y los servicios informáticos, ya dejamos establecido que lo son cuando se les identifica como el objeto indirecto del contrato.

Entonces habrá contratos informáticos atendiendo a la manera en que las personas manifiestan su voluntad, y atendiendo a la obligación generada, ya sea de dar un bien informático, o de hacer, de prestar un servicio informático.

CONCLUSIONES

Primera. El llamado contrato informático es un contrato atípico o innominado, para la legislación civil.

Segunda. Efectivamente el contrato informático carece de una regulación legal, propia, pero ello no lo excluye para que le sea aplicada la Teoría General del Contrato, que es la aplicable para todo acuerdo de voluntades que crea o transmite derechos y obligaciones.

Tercera. El contrato informático puede conceptualizarse como el acuerdo de dos o más personas para crear o transmitir derechos y obligaciones por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, y que tienen que ver con el tratamiento lógico, sistematizado y automático de la información.

Cuarta. El contrato informático lo es porque el elemento informático, o la informaticidad del mismo, se halla en los elementos esenciales del mismo, en el consentimiento, y/o en el objeto.

Quinta. La Teoría General del Contrato le es aplicable al llamado contrato informático, no siendo estrictamente necesario que uno de los sujetos contratantes tenga la calidad de sujeto informático, ni que necesariamente el objeto material, es decir, el bien que va a entregarse, sea necesariamente un bien informático.

Sexta. Habrá contratos informáticos atendiendo a la manera en que las personas manifiestan su voluntad, y atendiendo a la obligación genera-

da, ya sea de dar un bien informático, o de hacer, de prestar un servicio informático.

Séptima. Es necesario regular el contrato informático, para que las reglas de excepción, o específicas de tal contrato, sean opuestas o derogatorias de las reglas generales que se le aplican con motivo de la Teoría General del Contrato.

Octava. Debido a que este contrato adopta la forma del acto jurídico que le da origen, arrendamiento, donación, permuta, etcétera, debiera establecerse una norma que dijera: En el contrato informático se observarán las disposiciones relativas al acto jurídico que le de origen, en lo que no estuvieren modificadas para este tipo de contratos.

BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA ROMERO, Miguel, DÍAZ VILLAREAL, Magali María y otros. *Código Civil para el Distrito Federal*, Comentarios, legislación y jurisprudencia, volumen IV, del artículo 1792 al 2242. Ed. Porrúa, México, 1998, 316 p.
- ACUERDO del Consejo General del Instituto Federal Electoral por el que se aprueba el *Reglamento* que establece los lineamientos para la obtención del dictamen de procedencia técnica para la adquisición y desincorporación de bienes y la contratación de servicios informáticos publicado en la primera sección del *Diario Oficial de la Federación*, de fecha, martes 6 de noviembre de 2001.
- BORJA SORIANO, Manuel. *Teoría General de las Obligaciones*, Tomo Primero, Ed. Porrúa, México, 1953.
- CHIRINO CASTILLO, Joel. *Derecho Civil III. Contratos Civiles*, México, 1986.
- CLEMENTE DE DIEGO, Felipe. *Curso elemental de Derecho Civil Español*, Tomo Sexto, Ed. Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, España, 1920.
- DE PINA VARA, Rafael. *Diccionario de Derecho*, Ed. Porrúa, México, 1965.
- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, *Real Academia Española*, Tomo I, a-g, 21ª ed., p. 560.
- FLORES BARROETA, Benjamín. *Lecciones de primer curso de derecho civil*, Ed. Universidad Iberoamericana, México, 1965.
- GUTIERREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *Derecho de las Obligaciones*, Ed. Porrúa, 5ª ed., México, 1976.
- MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín. *Teoría de las Obligaciones*, Ed. Porrúa, 6ª ed., México, 1999.
- MATEOS ALARCÓN, Manuel. *ESTUDIOS SOBRE EL CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL*, Tomo I, (Tratado de Obligaciones y Contratos), Ed. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 1992.
- MEMORIAS VIII CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO E INFORMÁTICA, celebrado del 21 al 25 de noviembre de 2000 por la Federación Iberoamericana de Asociaciones de Derecho e Informática (FIADI), y el Departamento de Derecho del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey (ITESM), Campus Estado de México (CEM), coordinado por Julio Téllez Valdés. Ponencia : *Teoría del contrato informático*, sustentada por Eduardo DE LA PARRA TRUJILLO.

LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO...

45

- ORTIZ URQUIDI, Raúl. *Derecho Civil*, Ed. Porrúa, 2ª ed., México, 1982, 633 p.
- PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. *Contratos Civiles*, Ed. Porrúa, 3ª ed., México, 1995.
- PLANIOL, Marcel. *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Ed. Harla, México, 1993.
- PROYECTO DE NORMA OFICIAL MEXICANA PROY-NOM-151-SCFI-2001, PRÁCTICAS COMERCIALES-REQUISITOS QUE DEBEN OBSERVARSE PARA LA CONSERVACIÓN DE MENSAJES DE DATOS, *Diario Oficial de la Federación*, viernes 16 de noviembre de 2001.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*, Tomo Segundo, volumen II, Ed. Antigua Librería Robredo de José Porrúa e hijos, México, 1962.
- SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. *De los Contratos Civiles*, Ed. Porrúa, 17ª ed., México, 1998.
- TELLEZ VALDES, Julio. *Derecho Informático*, Ed. McGraw-Hill, 2ª ed., México, 1996.
- ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel. *Contratos Civiles*, Ed. Porrúa, 7ª ed., México, 1999.