

LOS CONTRATOS INFORMATICOS

*Augusto Sánchez Bustillos**

SUMARIO: I.-Introducción. II.-Concepto y Naturaleza. III.- El Contrato de Adhesión las cláusulas abusivas. IV.- Contratos sobre el Hardware. V.- Contratos sobre el Software.

I.- INTRODUCCIÓN

Uno de los factores que adquiere relevancia dentro del orden normativo de hoy es el uso de los instrumentos que ofrece la tecnología, y la capacidad del derecho para incorporar elementos orientados a una eficiente regulación de las actuales relaciones emanadas de las nuevas tecnologías de la información. La incidencia de la informática en la sociedad y sus implicancias sobre el conjunto de las relaciones jurídicas, deriva en el planteamiento de respuestas claras desde el ámbito del derecho a tal impacto, el cual trae importantes transformaciones en el orden jurídico tradicional, por lo cual se hace necesario delinear el

concepto de las normas y de los principios acorde con los requerimientos de una sociedad en transformación constante. Esto apareja a nuestro parecer la unificación sistemática de las disposiciones legales dispersas conforme a las exigencias actuales.

Si se afirma que las tecnologías de la información, son el instrumento fundamental de transformación de la sociedad de hoy, se deriva de ello la necesidad de que los órganos de creación e interpretación de la ley establezcan parámetros normativos que permitan adecuar el orden jurídico a la nueva realidad social

concordante con la introducción de los avances tecnológicos que opera en la estructura social.

La sociedad de la información tiene como instrumento sustancial al conocimiento científico y sus propósitos se orientan a la materialización de un proceso de transformación de la información para lo cual se tiene como aspecto medular los datos que nos ofrece la realidad objetiva. De allí que se configure una relación análoga reflejada en el volumen de los datos que ofrece la información y la necesidad de su transformación en instrumento generador de conocimiento. Una de las variables que permite caracterizar a tales sociedades es la celeridad con el que estas se desarrollan lo cual se expresa en la generación, transmisión y procesamiento de la información. En nuestros tiempos, la información se obtiene de manera prácticamente instantánea a partir de los elementos que le sirven de soporte, sin diferenciar aspectos de naturaleza operativa o geográfica.

Sobre la base de lo enunciado se podría formular un concepto global de la sociedad de la información, la cual se expresaría en una fase del desarrollo social cuyo componente sería la capacidad de sus miembros de adquirir y transmitir la información desde cualquier lugar y en la forma que para tales fines los usuarios decidan.

La incorporación de estos medios a las organizaciones sociales trae una serie de

beneficios, a modo de ejemplo podríamos destacar los siguientes: mejoras en los niveles de eficiencia operativa en la actividad empresarial, incremento en los procesos de opción de usuarios quienes tendrían nuevas alternativas de elección, y en general nuevas fuentes de ingresos para la sociedad y para el Estado.

Concordante con lo expuesto en el presente artículo nos hemos propuesto analizar un aspecto que concierne exclusivamente al problema informático, que son las contrataciones informáticas, consecuentemente no es nuestro propósito abordar temas relativos al régimen jurídico del software; la privacidad en la información; o al valor probatorio de los documentos electrónicos, temas que por cierto adquieren importancia en cuanto concierne al derecho informático.

II.- CONCEPTO Y NATURALEZA

Se denomina contratos informáticos a toda forma de contratación que tenga como objeto la transmisión y el procesamiento de bienes y servicios informáticos. Si bien estos contratos contienen características particulares, éstas adquieren importancia similar a las modalidades contractuales referentes a bienes o servicios con particularidades científicas o características tecnológicas.

La contratación de bienes y la prestación de los servicios informáticos no contienen los lineamientos para un análisis uniforme de estos según el cual se puedan tratar dentro de un tipo de con-

trato como los que regula el Código Civil. El desconocimiento por parte de los usuarios acerca de las posibilidades y de los límites derivados de la informática, es la causa determinante de que los contratos informáticos no se puedan sustentar en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes.

Si bien es cierto que en varios aspectos el contrato informático se asemeja a los contratos clásicos; la complejidad de su estructura lo distingue de aquéllos. En este sentido el contrato informático se podría definir como un contrato complejo o en todo caso como un conjunto complejo de contratos.

Un aspecto que ha sido materia de análisis por parte de estudiosos del derecho informático ha sido la de delimitar el carácter típico o atípico de los contratos informáticos. A favor de su tratamiento entre los contratos típicos se ha afirmado en el sentido que independientemente del objeto de las prestaciones, siempre se estaría ante un contrato de compraventa o ante un contrato de locación. En contraposición a ello se argumenta que el contrato informático sólo sería atípico en tanto lo es el negocio contractual que da lugar a las prestaciones de las partes.

En términos generales, ha quedado establecido que los contratos informáticos

reúnen varias figuras contractuales, como la compra venta, leasing, licencia de uso, entre otros, donde la transmisión de los bienes informáticos importa la unión de más de una modalidad contractual. En consecuencia, creemos que los contratos informáticos no aparejan como tales una tipicidad que detente un carácter único y particular, de allí que estos contratos deban de regularse dentro de la esfera que concierne a la teoría general de los contratos.

De igual forma autores como Daniel Altmárk afirman que los contratos informáticos son el resultado de un tipo contractual, que responde a una complejidad que es mayor del objeto de aquéllos, así como al alto grado de transferencias de bienes informáticos en el mercado internacional en relación a las tecnologías de la información, y al desequilibrio entre los contratantes con referencia al dominio de la tecnología. Pero todo esto dimana en el establecimiento de un conjunto de normas, principios e instituciones que deben de responder a dicha problemática según el cual podríamos reseñar la fase que antecede a la ejecución de este contrato y que tanto la doctrina nacional como extranjera al igual que las legislaciones de otros Estados le otorgan considerable importancia¹.

¹ Daniel Ricardo ALTMÁRK elabora un estudio en torno al tratamiento del periodo precontractual para lo cual establece diversas etapas: Estudio de las necesidades del usuario que

Sin embargo el estudio de los contratos informáticos ofrece algunas dificultades merced a la particularidad de sus elementos, y que para André Bertrand² se podría clasificar según las siguientes variables:

- a) La imprecisión del vocabulario técnico-jurídico, en tanto el vocabulario informático tiene como característica el predominio de las palabras en idioma inglés; si bien muchos vocablos han sido adaptados al idioma de otros países se conservan en uso múltiples términos en aquella lengua.
- b) La especialidad de sus aspectos técnicos, en la medida que la ausencia de conocimientos técnicos dificulta la redacción e interpretación de este tipo de contratos, y en particular la identificación de los principales tópicos que deben ser considerados.
- c) La estructura compleja de los contratos, la que obedece a una fusión de modalidades contractuales las cuales emergen de los contratos informáticos.

En cuanto al objeto de los contratos informáticos podríamos decir que reúne un carácter múltiple. A decir de Aida Estiz³ se establecen tres órdenes de servicios: a) los equipos, esto es, las unidades centrales y periféricas terminales, etc.; b) los programas de sistemas operativos y los programas de aplicación; y c) prestaciones relativas al desarrollo y a la explotación de sistemas de información, y en general toda investigación o actividad en relación al tratamiento de la información.

Asimismo, el problema del contenido de las prestaciones en estos contratos, se incrementa en la medida que el número de contratantes es mayor. A ello debemos añadir que además de los proveedores y usuarios, pueden aparecer en la negociación de este contrato; distribuidores, productores de equipos originales, entidades prestadoras de servicios y consultores en informática, estos se identifican con la actividad desarrollada por el productor; y analistas de sistemas, quienes se identifican con la actividad desplegada por el usuario.

comprende la determinación de la oportunidad, determinación de los objetivos, determinación de las especificaciones funcionales y técnica; la negociación del contrato y finalmente la supervisión del plan de implementación del sistema. En *Informática y Derecho: Aportes de doctrina Internacional*. Volumen I. Ediciones de Palma. Bs. As. 1991.

² André BERTRAND, *Contrats informatiques, Services et conseils*, Ed. des Parques, París, Francia. 1983, p.23.

³ EZTIZ Aida, *Contratos sobre materia informática*, ponencia presentada en jornadas internacionales de informática al servicio del Derecho, junio de 1985. Buenos Aires.

Delimitar los propósitos que atañen a los contratos informáticos no es una tarea simple en cuanto esto ameritaría tener que incorporar una serie de disposiciones que deriven en un mejor funcionamiento de esta modalidad y que se podrían sintetizar en las siguientes medidas:

- 1) Construir descripciones legales y técnicas claras que principalmente permitan a las partes el entendimiento de los términos de la relación jurídica obligacional.
- 2) Establecer claramente la responsabilidad de cada una de las partes en la implementación del proceso contractual.
- 3) Crear medidas de orden cuantitativo y de rendimiento factible que contribuyan a un equilibrio en la ejecución de las prestaciones.
- 4) Acordar medios o recursos a los que se podría apelar en caso que el sistema ingrese a un estado de deterioro operativo.
- 5) Crear normas que contemplen posibles contingencias y el planteamiento correcto de su solución.

Debemos señalar que la doctrina aún no ha definido con claridad cuál es la naturaleza jurídica del contrato informático, sólo se sabe que reúne modalidades de una multiplicidad de contratos y de distintas disciplinas jurídicas como el de-

recho industrial, comercial y civil. Hay que tener en consideración, no obstante que cada modalidad contractual presenta su naturaleza jurídica *sui generis* que es diferente a los demás.

La complejidad y las particularidades de los contratos informáticos supone el análisis y la interpretación de los diversos momentos que se suscitan en la relación contractual, entre ellos podemos resaltar la etapa pre contractual. Etapa fundamental ya que reviste características específicas merced a la complejidad del objeto de los contratos informáticos al cual hemos hecho referencia.

III.- EL CONTRATO DE ADHESIÓN Y LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

1. Contratos de adhesión.

Los contratos informáticos se configuran de acuerdo a los fundamentos de los contratos de adhesión, en los cuales faltan criterios de igualdad económica. Como es sabido en este tipo de contratos una de las partes estipula todas las cláusulas y la otra se encuentra en la alternativa de adherirse o no, sin tener la posibilidad de formular una contraoferta y, en ocasiones, de rechazarla.

En las contrataciones informáticas es usual que los proveedores de material informático se orienten a configurar la relación contractual sobre la base de los contratos preimpresos. Estas contienen disposiciones generales y especiales a

la cual debe ajustarse tal relación, sin mayor opción para el cliente de discutir sus condiciones.

La desigualdad entre las partes, que es la característica predominante en los contratos de adhesión, tiende a ser mayor en los contratos informáticos que analizamos, en los cuales el cliente, por razones de desconocimiento de la técnica informática, no se encuentra en condiciones de establecer criterios objetivos respecto al producto o servicio que el proveedor le ofrece⁴.

En esta orientación Stiglitz nos dice que el aglutinamiento del poder de negociación en una de las partes contratantes, como sucede en el caso de los contratos de adhesión, lleva al abuso, máxime cuando el empresario aprovecha de su dominio comercial para poder eximirse de responsabilidades o en todo caso limitar sus consecuencias, para atenuar sus obligaciones o facilitar la ejecución a su cargo, o desde la visión del consu-

midor, para agravar sus cargas, acentuar sus obligaciones, establecerle términos que resultan inadecuados, invertir en su contra la carga probatoria; o desequilibrar el principio de reciprocidad de las estipulaciones, de tal suerte de acumular ventajas en su favor y desventajas en las prestaciones del cliente⁵.

2. Análisis de las cláusulas abusivas.

Algunas de las cláusulas abusivas más frecuentes en las contrataciones informáticas son las siguientes: a) las cláusulas limitativas de la responsabilidad, b) los acuerdos de garantía, c) cláusulas derivadas de la aplicación de la ley y de la jurisdicción competente⁶.

a) En cuanto a las cláusulas limitativas de responsabilidad debemos entender estas en un sentido amplio en cuanto se configura cuando uno de los contratantes intenta liberarse anticipadamente de los daños que resulten para su contratante de su incumplimiento.

⁴ El usuario, que habitualmente, no conoce del todo las materias informáticas se encuentra en algunas ocasiones imposibilitado de discutir las estipulaciones del contrato. Esta imposibilidad se fundamenta principalmente en el desequilibrio económico que se presenta entre las partes. Ello indica la necesidad de incorporar principios o normativas regulatorias propias de la etapa precontractual de bienes y servicios informáticos que restablezcan y efectivicen el equilibrio contractual. AJTMARK, Daniel R. Cit. p. 27.

⁵ STIGLITZ Rubén S y STIGLITZ Gabriel A. Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor, Ed. de palma, 1985, p. 95.

⁶ El Código civil italiano estipula que son cláusulas abusivas, entre otras, las que establecen limitaciones de responsabilidad, de la posibilidad de oponer excepciones, y de rescindir el contrato. Para la validez de estas cláusulas siempre se exige la forma escrita, en caso contrario no tendría efectos legales.

Se hallan comprendidas en esta categoría las limitaciones de las causas de atribución de responsabilidad y limitaciones de hecho que resulten. Así por ejemplo Bergel⁷ señala limitaciones provenientes de la inversión de la carga de la prueba poniéndola a cargo del acreedor; o limitaciones al tiempo de prescripción o de caducidad de la acción para exigir responsabilidad ante posibles perjuicios.

Es necesario precisar que algunos contratos incluyen cláusulas limitativas de la responsabilidad para casos de incumplimiento culposo. Si bien el Código Civil vigente no contiene una norma expresa al respecto, no se acepta en nuestro ordenamiento jurídico la dispensa anticipada de la culpa. Consideramos que en los contratos informáticos no se deben de admitir cláusulas de limitación de la responsabilidad contractual como la que se ha mencionado precedentemente⁸.

- b) Los acuerdos de garantía son aquellas disposiciones mediante las cuales, no obstante la existencia de situaciones de caso fortuito o fuerza mayor, el deudor no se exonera de las consecuencias derivadas de su incumplimiento. En esta perspectiva, po-

dríamos referirnos al artículo 513 del Código Civil de México el cual dispone que: *«el deudor no será responsable de los daños e intereses que se originen al acreedor por falta de cumplimiento de la obligación, cuando estos resultaren de caso fortuito o fuerza mayor, a no ser que el deudor hubiera tomado a su cargo las consecuencias del caso fortuito, o este hubiere ocurrido por su culpa, o hubiese ya sido aquél constituido en mora, que no fuese motivada por caso fortuito, o fuerza mayor»*.

En los contratos por adhesión se debe incluir este tipo de disposiciones, teniendo en consideración que en esta el principio de autonomía de la voluntad tal como se ha expresado es relativo.

- c) Los contratos por adhesión aparejan la consideración de cláusulas que establecen la aplicabilidad de la ley del país contratante en los contratos internacionales, así como la prorrogación de la jurisdicción en su favor. En cuanto a la ley aplicable y la jurisdicción respecto de la comercialización del software, algunos países en desarrollo han favorecido la posición de que la ley a regir sea la del país del licenciado. Y en cuanto corresponde

⁷ BERGEL, Salvador. Las cláusulas limitativas de la responsabilidad en los contratos informáticos. En Revista de Derecho Industrial. Edic. De Palma. 1985. p. 94.

⁸ En este sentido Félix A. NAZAR y Daniel Ricardo ALTMARK en Aspectos de los contratos informáticos, ponencia al Congreso Argentino de Derecho Comercial. 22 y 23 de octubre de 1984. Asociación de Abogados de Buenos Aires. Comisión de Derecho Comercial.

a las cláusulas que fijan prorrogas de jurisdicción, ellas deben estar sujetas a revisión por parte del órgano jurisdiccional de la que puede resultar su carácter de desajuste en cuanto a derechos de las partes.

IV.-CONTRATOS SOBRE EL HARDWARE

El hardware abarca la totalidad de los dispositivos y de elementos mecánicos, magnéticos, eléctricos y electrónicos de una instalación o una red de procesamiento de datos.

El material informático se adquiere en propiedad mediante la compraventa, operación que suele incluir el software asociado. También puede ser materia de un contrato de alquiler, en este caso, los proveedores no pierden la titularidad del dominio. Asimismo, el hardware puede ser objeto de un contrato de leasing, según el cual una empresa financiera adquiere un equipo de un proveedor del rubro para facilitar su uso y goce a un particular o empresa mediante el pago de un alquiler durante el plazo que se

haya acordado, a cuyo término se reconoce a esta última el derecho de hacer uso de una opción de compra, por el valor residual que previamente se haya establecido.

1. La compraventa del hardware.

El contrato de compraventa que regula el Código Civil resulta de aplicación a la compraventa del hardware -equipo informático-. Sin embargo, por la naturaleza del objeto, este contrato ofrece algunas particularidades que deben de ser analizadas en detalle.

Las principales obligaciones del proveedor son las siguientes: a) Proporcionar información al adquirente; b) transferir el equipo; c) otorgar las garantías; y d) dar indemnidad de patentes.

Por su parte las obligaciones más importantes del adquirente son: a) abonar el precio; b) respetar las directivas del proveedor; c) tener en consideración un periodo de ajuste del equipo; d) preparar sus locales; y e) colaborar con el vendedor⁹.

⁹ El avance tecnológico reflejado en la producción de computadoras en estos últimos años, ha derivado en una reducción de sus precios, al tiempo que ha dado lugar a un aumento de sus prestaciones en el mercado local e internacional. El bajo costo de aquellas, y la posibilidad de conectarlas a redes, ha afirmado a la microcomputación como el baluarte principal de la informática en el futuro. La contratación de microcomputadoras además es de menos complejidad que la referente a equipos de mayor envergadura. En especial, pierden parte de su significación, las cláusulas sobre la preparación de locales, y en ese orden tienden a simplificarse los tests de aceptación, y las cláusulas sobre el mantenimiento del equipo informático. En este sentido Carlos M. CORREA e Hilda N. BATTO Edic. De palma. Bs. As. 1994. p. 163.

1.1. Obligaciones del proveedor.

1.1.1 Obligación de proporcionar información al usuario.

Esta obligación comprende los deberes de informar, prevenir y de ofrecer asesoría técnica.

El vendedor se obliga a entregar al adquiriente las instrucciones de uso del equipo; estas instrucciones deben de ser legibles y comprensibles para un adquiriente con una calificación media en el tema. Es deseable que éstas se redacten en el idioma del comprador.

El deber de asesoramiento técnico resulta de que el proveedor es un profesional en temas de informática, y por esta razón debe a su cliente dicha prestación, la cual no debe plasmarse en una promoción mayor que ofrezca al cliente más de lo que el equipo pueda realizar. Así por ejemplo en su publicidad, el proveedor debe brindar una información que reúna elementos de objetividad y exactitud respecto a las posibilidades reales del sistema que ha propuesto.

El deber de consejo - como también se le denomina en doctrina

- implica la ayuda al cliente para que exprese sus necesidades y en ese orden proceder a su estudio si este no se llevó a cabo; el proveedor debe obtener información sobre las necesidades de su cliente; también debe informar objetivamente sobre las posibilidades de su sistema informático. Todo ello aparece como presupuesto que el adquiriente brinde información completa y suficiente para que el proveedor pueda cumplir con su obligación de consejo.

1.1.2. Obligación de entrega del equipo informático.

Esta obligación adquiere características especiales tratándose de compraventa de equipo informático. En vista que la transferencia e instalación del equipo requiere de una atención especializada, debe considerarse que esta prestación se cumple con la entrega del equipo instalado en el lugar físico donde va a funcionar. Hasta la instalación el proveedor debe asumir todos los riesgos; asimismo deberán estar a su cargo todos los seguros.

Altmark y Nazar¹⁰ señalan que en muchas oportunidades, especialmente en los equipos forma-

¹⁰ ALTMARK y NAZAR ESPECHIE, Aspectos de los contratos informáticos. Ponencia al congreso de derecho comercial. 1984. Bs. As. ps. 3/ 4.

dos por varios instrumentos, el vendedor trata de no asumir responsabilidad alguna por la falta de entrega dentro del plazo previsto merced a distintas circunstancias. Entonces sería conveniente adoptar las modalidades clásicas de contratación y establecer cláusulas penales por la falta de entrega en término, además de disponer expresamente que se considera que el equipo ha sido entregado, una vez que se ha procedido a entregar todas sus partes, ya que la falta de entrega de algún componente puede equivaler a la falta de entrega total, en caso que no pueda funcionar el equipo sin el elemento faltante.

En general los contratos preimpresos propuestos por proveedores disponen que la transmisión del dominio se realiza en el momento en que él se halla instalado y listo para su uso normal. Es necesario considerar que no obstante la transferencia en término del equipamiento en el domicilio del adquiriente, este último no mantiene la titularidad del dominio, hasta su puesta en funcionamiento. Consecuentemente no hay obligación de pagar el precio hasta que el equipo se encuentre en condiciones de operatividad.

Es importante que después de la entrega e instalación, el vendedor certifique por escrito al adquiriente que el equipo se halla listo para el test de aceptación. El usuario debe comprobar en un plazo prudencial el buen funcionamiento del equipo con el software para el cual debe ser utilizado, y la inexistencia de vicios de fabricación que puedan constatarse inicialmente.

La obligación de entrega determina la conveniencia de que se prevea contractualmente la elaboración de los denominados test de aceptación según los cuales el adquiriente no debe aceptar el equipo ni asumir la obligación de pago final hasta que el vendedor haya probado que ha pasado determinadas pruebas.

1.1.3. Garantías.

En los contratos de compraventa del hardware, el vendedor debe garantizar al adquiriente sus obligaciones más importantes. Al respecto los contratos preimpresos no incluyen cláusulas de garantía, o las contienen redactadas bajo reglas genéricas de alcances limitados, dejando al usuario en una desprotección ante eventuales fallas de algún elemento del hardware.

Los contratos deben contener garantías que conciernen a ciertos aspectos: El vendedor se obliga a garantizar que tiene el dominio del hardware y el derecho de poder ofrecerlo en venta al cliente, y en esa línea debe garantizar el buen funcionamiento del equipo para su uso y servicios normales por un periodo de tiempo específico. El vendedor debe garantizar también la adaptabilidad del equipo al software especificado en el contrato, cuando fuere el caso¹¹.

Asimismo el vendedor debe ofrecer mecanismos de protección al comprador en sus derechos ante reclamos sobre infracciones de patentes en relación al equipo adquirido. Ello debe incluir el ejercicio de los derechos que pudieren hacerse valer en la vía judicial o extrajudicial.

Por último, la explotación normal del equipo requiere tener acceso oportuno a los repuestos necesarios para corregir las fallas que puedan presentarse. Es obligación del proveedor tener en consideración estos aspectos.

1.2. Obligaciones del adquirente.

Podemos delimitar las obligaciones del adquirente en los siguientes aspectos:

- a) Cumplimiento de las directivas del proveedor: El adquirente se obliga a respetar las directivas del proveedor. Esta obligación implica que deberá emplear el equipo siguiendo las instrucciones técnicas del vendedor. El incumplimiento de esta obligación libera al vendedor de su responsabilidad por el buen funcionamiento del equipo informático.
- b) Cancelación del precio: El adquirente se obliga a abonar el precio, que se inicia a partir de la aceptación definitiva de los equipos. Es decir, una vez que ellos hayan pasado con éxito el periodo de prueba y estén funcionando correctamente conforme a las especificaciones técnicas del vendedor.
- c) Acondicionamiento de locales: Algunos sistemas info-

¹¹ Por otro lado, puede interesar conectar los equipos a otros existentes o a adquirirse, que no sean de la misma marca del adquirido. En tal caso el contratante debe de asegurar que todo el equipo y el software, son mutuamente compatibles y que funcionaran a través de interfaces con cualesquiera otro equipo y software especificado en el contrato.

máticos precisan para su utilización adecuada de ciertos elementos de climatización, de adaptación del sistema eléctrico, cableados, etc. Además, el usuario deberá capacitar a su personal. Esta obligación no puede cumplirse sin la colaboración del proveedor a quien también, concierne la preparación del personal del usuario y su responsabilidad se halla comprometida al respecto.

- d) Colaboración con el usuario: El deber de colaboración es una obligación que reciprocamente se deben las partes; es una consecuencia del principio de que las convenciones deben ejecutarse conforme a las reglas de la buena fe. En el derecho informático la colaboración es relevante; en tanto no se puede poner en riesgo la responsabilidad del proveedor si el adquiriente no cumple con ese deber en aspectos esenciales, tales como proporcionar información clara acerca de las necesidades que se pretende satisfacer con los equipos y al tipo de instalaciones de que se dispone, adecuarlas en el tiempo convenido, permitirle acceso al vendedor para facilitar la puesta a punto del equipamiento.

2. El contrato de leasing de material informático.

El leasing en la informática se basa en las relaciones jurídicas establecidas entre el proveedor de material informático, la sociedad financiera o de leasing; y el comerciante o industrial usuario. El proveedor y la sociedad de leasing se vinculan mediante un contrato de venta; la sociedad de leasing celebra respecto del material comprado un contrato de locación, el cual es acompañado de un contrato de promesa de venta. Bajo estos lineamientos el objeto del contrato de leasing informático sería dar el equipo en arrendamiento con opción a compra. En algunos casos el contrato también incluye el servicio de mantenimiento; aunque este servicio podrá ser objeto de contratos específicos. La opción de prórroga se regula en una cláusula especial; si el usuario opta por la compra deberá instrumentarse el contrato de compraventa.

La propiedad de los bienes materia del contrato es del proveedor hasta que el locatario ejerza opción de compra, momento en el cual pasan a ser de propiedad del locatario una vez pagado el precio. El proveedor cede la documentación para la transmisión del dominio en el momento que reciba el último pago. En cuanto al precio neto en caso de ejercerse la opción de compra deberá calcularse, restando al precio del equipo el crédito por opción de compra.

V. CONTRATOS SOBRE EL SOFTWARE

1. Generalidades.

El software, particularmente en su forma estándar, se ha convertido en un objeto de comercio, una mercadería comercializada en distintas formas, según su función y su grado de estandarización, el tipo de proveedor y el alcance de los derechos y obligaciones de las partes.

Los acuerdos contractuales para la comercialización de software pueden clasificarse, desde varios enfoques:

- a) El nivel de estandarización del software determina tres subcategorías de acuerdos: acuerdos para el software a medida, acuerdos para el software de paquetes, acuerdos para el software al cliente.
- b) Según la función del software en cuestión, están vinculados a los sistemas operativos, las aplicaciones o el manejo de la base de datos.
- c) La vinculación o no del equipo de computación con el software conduce a dos formas de acuerdos: Los acuerdos conjuntos que incluyen en un único contrato el suministro de equipos y el software; y los acuerdos independientes tratan por separado al equipo y al software.
- d) La naturaleza jurídica de los acuerdos contractuales puede variar considerablemente, según el tipo de software transferido, y conforme al alcance de las obligaciones del proveedor:
 - La cesión de derechos respecto al software implica la cesión de los derechos de propiedad que corresponden al proveedor; esta modalidad no es común para los paquetes de software, pero es normal en los contratos para el desarrollo de software a medida, conforme al cual el cliente se convierte en el propietario de los programas desarrollados.
 - El contrato de licencia es el acuerdo contractual más común, particularmente para los paquetes de software. Esta modalidad se basa en un derecho de propiedad que es retenido, en ese sentido puede haber licencias perpetuas, temporarias, permanentes y exclusivas.
- e) Los contratos pueden celebrarse con distintas fuentes, ya sea con fabricantes de equipos que proveen el software, empresas dedicadas a desarrollar software, corredores de software, grupos de usuarios, etc.
- f) Según la extensión de los aspectos ligados a la negociación, los acuerdos pueden ser contratos de adhesión preimpresos, o contratos más libremente negociados entre las partes; para los paquetes de software prevalece la primera forma, la que conduce a un desequilibrio contractual que como se ha señalado favorece al proveedor.

2. Reflexiones en torno a las disposiciones más importantes de los contratos de software.

2.1. Definición.

La definición del tema del contrato de software representa un punto fundamental de negociación. El desequilibrio encontrado en él entre los derechos y obligaciones de las partes, se manifiesta a decir de Carlos Correa¹² en la falta de acceso al código fuente, en la no inclusión de especificaciones adecuadas y en una documentación incompleta.

a) acceso al código fuente. Cláusulas de garantía.

Las consecuencias que surgen del acceso al código fuente varían según el tipo de software contratado. En los contratos relacionados con los paquetes de software, el cliente sólo recibe el código objeto. Algunos vendedores proporcionan el listado o la cinta del lenguaje fuente en raras ocasiones, particularmente en los casos que no proporcionan mantenimiento.

El hecho de que el usuario no pueda obtener el código fuente le crea limitaciones. En primer lugar, debe depender del proveedor para el mantenimiento del software. La mo-

dificación y el perfeccionamiento también son excluidos de hecho. En segundo lugar, en caso que el proveedor decida suspender sus operaciones, se declare en quiebra o interrumpa los servicios de mantenimiento, el usuario queda en una posición desfavorable.

Para reducir tal riesgo, se celebran acuerdos de garantía; una copia del código fuente queda en poder de un tercero que es depositario, preferentemente a costas de proveedor, bajo la obligación de transferirla en caso de insolvencia. La divergencia entre la copia depositada en garantía y el programa en uso puede surgir de la falta de actualización de la primera. Para evitar esto el proveedor debe acceder a mantener al día la copia depositada en garantía, y permitir una auditoría y verificación de esta. Además no debe permitirse la supresión de ningún medio de almacenamiento antes de recibir una copia de seguridad.

b) Especificaciones.

No incluir las especificaciones apropiadas en el contrato representa una de las mayores causas de conflicto en este caso. Las especificaciones son un conjunto de documentos que describen las funciones cumplidas por el software en un sistema de pro-

¹² CORREA M. Carlos «Derecho informático» Ediciones De Palma. Buenos Aires, 1994. Cit. p. 189.

cesamiento de datos y proporcionan las reglas básicas para poner a prueba el rendimiento del software.

En los contratos de paquetes de software las especificaciones existen en el momento de la firma del contrato. Sin embargo, pueden surgir problemas como la calidad de las especificaciones disponibles, es decir que sean exactas y estén completas; o la negativa por parte del proveedor a incluirlas como parte integrante del acuerdo. Para el cliente, dicha inclusión representa un aspecto esencial de la negociación, y podría resultar mejor no firmar el contrato que resignar dicho punto sustancial.

Las especificaciones deberían incluir lo siguiente:

- La descripción funcional del software, esto es: todas las tareas que el software debe cumplir; todas las entradas, todas las salidas; necesidades de procesamiento; todos los archivos de datos; volúmenes de actividades y archivos.
- La descripción del marco del software dentro del cual el programa debe residir, incluyendo: las especificaciones de los sistemas operativos; los lenguajes de programación; otros programas con los cuales el software del cliente debe

interconectarse de manera apropiada; cualquier sistema de nomenclatura específico que debe ser de utilización para los programas.

- La descripción del marco del equipo en el que el software debe operar, incluyendo: restricciones de almacenamiento, restricciones en cuanto se refiere a equipos periféricos, procedimientos de transmisión de datos e interfaz de comunicación.
- Informes relativos al rendimiento del software con relación a su organización interna: su velocidad de ejecución; su capacidad de perfeccionamiento y modificaciones; sus propiedades para detectar errores; sus propiedades de corrección y recuperación del error; y cualquier restricción de las actividades que el usuario debe evitar.
- Normas de programación y documentación, incluyendo detalles en cuanto a contenido de la documentación; cantidad; formularios, naturaleza y alcance de la codificación.

c) Documentación.

Según Hoffman¹³, la documentación incluye, registros escritos sobre el modo en que ha sido elaborado un programa, la función que desarrolla el programa y la manera de usarlo.

¹³ HOFFMAN, The software legal book. Carnegie Press, New Jersey, parte I-C-1.

En general incluye:

Documentación del usuario: Implica entre otras consideraciones:

- Instrucciones escritas que sirvan de guía para el operador en computación sobre la manera de cargar y pasar el programa y sobre la manera de manejar las excepciones.
- Instrucciones escritas para los operadores de entrada en cuanto a la manera de identificar los datos de entrada.
- Diagramas de flujo funcionales o de sistema mostrando en líneas generales la manera en que funciona el sistema.

Documentación del sistema/ programa: Comprende los siguientes elementos:

- Diagrama de flujo del programa resumiendo cada programa y que sirve de guía al programador para escribir el programa.
- Secuencia del código fuente.

2.2. La titularidad del software.

La mayor parte de los contratos de software se estructuran como acuer-

dos de licencia o de leasing. Esta práctica se funda en la suposición de la existencia de derechos de propiedad respecto del software que tienden a ser reconocidos conforme a las normas de propiedad intelectual.

La incertidumbre existente en muchos países sobre la existencia o el alcance de la protección legal, y la voluntad por parte del proveedor de insistir ante el cliente sobre sus derechos de propiedad con relación al software cedido, conducen a la inclusión en los contratos de software, de cláusulas relacionadas al derecho sobre él¹⁴.

En los contratos de paquetes de software, el proveedor exige la inclusión de un reconocimiento por parte del usuario en el sentido que el software es objeto de un derecho de propiedad que le pertenece al proveedor. Debemos puntualizar que tal reconocimiento sólo tendrá validez en la medida que la ley aplicable reconozca un derecho de propiedad sobre el software, ya que el derecho no puede crearse contractualmente sino únicamente por medio de la ley. Tal estipulación si fuera admitida debería equilibrarse con una declaración del proveedor afirmando sus derechos de propiedad. Según esto el usuario

¹⁴ Tales cláusulas están asociadas a los requisitos de confidencialidad, a fin de combinar la protección de la propiedad intelectual con aquella conferida según las normas previstas en la legislación sobre secreto comercial.

podría afrontar dificultades si se prueba que el software bajo licencia no pertenece al proveedor o infringe los derechos de terceros y, por tanto, debería obtener una protección razonable por parte del proveedor.

2.3. Las garantías del software.

Se abarcan aquí los siguientes tópicos:

2.3.1. Garantías de funcionamiento y otras:

Uno de los aspectos en muchos contratos de software está relacionado con las garantías otorgadas por el proveedor respecto al funcionamiento. Las típicas cláusulas en contratos preimprimados excluyen cualquier garantía, o la limitan a una obligación de llevar a cabo los mejores propósitos para corregir fallas. Esta solución deja al usuario sin protección frente al incumplimiento por parte del proveedor en proporcionar un software apropiado.

La mayoría de los contratos excluyen cualquier garantía de capacidad comerciable o cualquier garantía estipulada por ley. Dicho de otro modo, el proveedor no garantiza que el software se adecuará a las necesidades del

usuario ni que el software será capaz de pasar al circuito comercial sin objeciones, o que se ajuste al fin ordinario para el cual es utilizado. Consideramos que los contratos en materia de paquetes de software y de software a medida deben establecer una garantía en el cual se afirme que el software transferido se ajusta a las especificaciones funcionales y de rendimiento, y que cumple los tiempos declarados por el proveedor.

Las cláusulas de garantía deben complementarse además con los siguientes elementos:

- La definición de un periodo de garantía según el cual el proveedor se obligue a mantener la operatividad del software sin cargo, conforme a las especificaciones, y diseñar, codificar, verificar la documentación y entregar enmiendas requeridas para corregir errores que afecten dicha operación¹⁵.
- La inclusión de recaudos apropiados para casos en que el proveedor no cumpla con sus obligaciones. La práctica general en los acuerdos pre-imprimados es evitar dichas soluciones, y ex-

¹⁵ Este requisito puede estar sujeto a restricción excluyendo de la garantía errores que no perjudican significativamente el rendimiento de acuerdo a las especificaciones.

cluir cualquier responsabilidad que surja del incumplimiento.

- La especificación de una fecha después de la cual el usuario no puede entablar una acción legal contra el proveedor.
- La exclusión de daños o pérdidas mediatas o indirectas.

2.3.2. Infracción a los derechos de terceros.

Una cláusula común en los acuerdos de licencia está relacionada con la protección que el licenciante debe proporcionar contra acciones emprendidas por un tercero sobre la base de una violación de su propiedad intelectual, de su patente u otros derechos conexos. Dicha cláusula también es pertinente en los contratos de software, y las prácticas en el terreno de las licencias son fácilmente transferibles a ese ámbito¹⁶.

2.4. Las pruebas de instalación y aceptación.

Un aspecto de los contratos de software es de qué manera y cuando es aceptado el software. En los acuerdos preimpresos las disposiciones sobre este tema carecen del necesario equilibrio con respecto a la protección de los intereses y derechos del usuario. Debe de considerarse a la instalación como el primer paso en la ejecución del acuerdo, pero el pago del precio acordado no debería contemplarse hasta que el usuario pruebe que el software se ajusta a las especificaciones a los tiempos de funcionamiento declarados.

La instalación de un software de paquetes según su complejidad y el marco en que debe funcionar, puede llevar desde un día a varios meses. Generalmente se considera que la instalación ha sido completada cuando se pasa el programa en el equipo disponible y cuando se suministra la

¹⁶ Las cláusulas relacionadas con este tema deben incluir las obligaciones siguientes por parte del proveedor: - Otorgar garantías en cuanto al uso del software transferido.
- Indemnizar al usuario frente a cualquier patente, copyright u otro derecho de un tercero.
- Proporcionar al usuario el derecho a continuar en uso del software.
- Reemplazar o modificar el software en la medida necesaria para evitar infracciones.
- Eliminar el software o una parte de él y reembolsar al usuario la parte proporcional del honorario.

documentación y la capacitación. Además de un periodo de prueba, el contrato debería definir los procedimientos de prueba incluyendo los datos de prueba, prueba por unidad de los módulos individuales y prueba integrada de los módulos interrelacionados.

La aceptación debe de estar vinculada al cronograma de pagos¹⁷. Desde el punto de vista del usuario es aconsejable acordar un programa de pagos parciales con una retención al final, de esta manera se asegura que una parte del pago total no se efectúa hasta que tenga lugar la aceptación.

Es habitual que el usuario extienda, cuando las pruebas de aceptación se han llevado a cabo exitosamente, un certificado declarando su conformidad con respecto al software recibido¹⁸.

2.5. Indicación del precio de costo.

Las disposiciones respecto del pago del software, si no están bien redactadas, pueden crear riesgos sustanciales para el usuario. En los contra-

tos preimpresos de los grandes fabricantes que también suministran sistemas operativos, son habituales cláusulas abiertas que permiten al proveedor disponer de una gran flexibilidad en la fijación o la revisión de los precios, sin ningún vínculo real con el cumplimiento de su obligación.

En los contratos para paquetes de software, además del honorario, deben considerarse cierto número de otros costos indirectos, principalmente de instalación, capacitación, mantenimiento, copias adicionales para la documentación, tiempo de la máquina y, eventualmente, conversión y adaptación al cliente del software trasferido. El contrato debería ser lo más preciso posible e incluir lo relacionado con las obligaciones de mantenimiento y el tratamiento de las actualizaciones y perfeccionamientos.

El nivel del precio fijado por el proveedor con referencia a las aplicaciones comunes, tales como liquidaciones de sueldos y el libro mayor general de contabilidad, puede corroborarse con la ayuda de guías

¹⁷ En este sentido el proveedor del software debe operar con rapidez el proceso de prueba y aceptación de manera de agilizar también los pagos. En esta línea D. ANDREWS. *Licensing computer software*. «Les Nouvelles» marzo 1981. p. 82.

¹⁸ También es usual contemplar 2 situaciones en las cuales se considera que la aceptación puede tener lugar en forma independiente de dicha certificación. Puede establecerse un límite de tiempo después del cual se considera que el software ha sido automáticamente aceptado.

disponibles, que incluyen la información sobre el equipo y los programas requeridos y el nombre de los vendedores.

2.6. Capacitación y mantenimiento.

Es frecuente delimitar la obligación del proveedor de prestar asesoramiento tendiente a la ejecución de cursos de capacitación para el personal del usuario. A veces, dichos cursos se ofrecen por el proveedor sin que esto amerite costo adicional. En vista que el uso apropiado del programa transferido depende en lo esencial de la capacidad y del conocimiento que tenga el personal del usuario, las disposiciones referentes a la capacitación deben ser materia de una redacción detallada. El mantenimiento es objeto de un contrato separado que normalmente incluye dos obligaciones del proveedor: a) la corrección de los errores o fallas en el momento oportuno; y b) el suministro de mejoras o perfeccionamientos.

El suministro del mantenimiento para el software por parte del proveedor es ineludible cuando el usuario únicamente recibe el código-objeto. También es necesario para los pequeños usuarios que no tienen la posibilidad de emplear por sí mismos a los programadores.

2.7. Las restricciones al uso del software.

Las restricciones al uso contenidas en los contratos de software son un instrumento común e importante del proveedor en cuanto le permite la obtención de un mayor nivel de ingresos a partir de la comercialización de un software, aumentando o fijando un nuevo honorario según el número o tipo de usos. Tales restricciones pueden incluir, de acuerdo a las prácticas comerciales de los proveedores, algunas o todas de las cláusulas siguientes:

- Restricciones en cuanto al uso a un lugar específico, un espacio físico único, definido por un domicilio postal y un edificio únicos.
- Uso para el apoyo exclusivo de terminales operadas por parte del usuario.
- Limitaciones de uso para un usuario determinado.
- Utilización sobre una unidad central de procesamiento (CPU).

Debemos resaltar que para el usuario, tales restricciones imponen una responsabilidad importante para el supuesto que el usuario posea varias CPU u opere en distintos lugares.

Una situación difícil se plantea en relación a los contratos de software celebrados por el Estado. Tratándose de una persona jurídica única, los proveedores de software suelen cotizar varios precios para la utilización del mismo software en diversas dependencias del Estado.

El problema derivado del uso en más de un CPU del usuario puede encararse a través de la adquisición de una tarifa reducida para toda licencia sucesiva del mismo programa. Otra vía de solución para los grandes usuarios es la negociación de una licencia matriz la cual puede reducir el precio en concepto de licencia. Un problema que debe de afrontarse en esta última situación es la de verificar si las varias CPU del usuario son compatibles, de no ser así, el proveedor debe solicitar mayores honorarios para cada versión del software que se requiera.

2.8. Ley aplicable.

La delimitación de la ley a aplicar a un contrato internacional de software puede generar importantes resultados en relación al cumplimiento de

las obligaciones de las dos partes. Es así que pueden verse afectados la titularidad sobre el software y sus consecuencias; y de igual forma el alcance de las garantías y la validez de las renunciaciones.

En todo caso es recomendable que el contrato indique la ley que lo regula, y las autoridades competentes para la resolución de cualquier controversia que se origine entre las partes. Algunos países en desarrollo optan por la ley del país del licenciado, de forma que cualquier disputa se somete a la decisión de los tribunales judiciales de dicho país.

No obstante las partes contratantes pueden elegir la ley de un país distinto el cual debe tener una relación directa y real con el contrato, o pueden fijar un fallo si las controversias se someten a un proceso de arbitraje. En cualquier caso, las decisiones deberán considerar las normas de orden público de los países interesados.

* Egresado de la Facultad de Derecho de la UNMSM.