

Contratación Informática

EDUARDO RODRÍGUEZ DE CASTRO

Abogado, especialista en Derecho Informático. Profesor U.N.E.D. Mérida

I.- INTRODUCCION A LA CONTRATACION INFORMATICA

La Informática ha adquirido una importancia decisiva, no sólo en el mundo especializado de las grandes computadoras, sino también en nuestra vida cotidiana, lo que nos puede llevar a afirmar con ANTONIO MARTINO¹ que estamos ante la decadencia de la sociedad industrial en favor de la sociedad informatizada o sociedad de la información.

El Derecho, como regulador de la conducta social del individuo, no podía ser ajeno a esta realidad, viéndose por ello influenciado de una manera determinante por la Informática y demás avances tecnológicos.

De esta forma, la Informática ha ido calando en el mundo jurídico, no solo en sus aspectos prácticos, sino que como elemento determinante de nuestras relaciones, se presenta como una realidad a tratar por el Derecho.

■¹ ANTONIO MARTINO.- “La Informática Jurídica Hoy”, citado por PEDRO MARTIN BARDI en su Ponencia “Derecho de la Informática. Contratos Informáticos”.

Cuanto mayor es el avance tecnológico que vamos alcanzando, mayor es la ineficacia o insuficiencia de nuestra normativa para solventar los problemas jurídicos que van apareciendo. De esta forma, la informática ha creado una parcela, con características y necesidades propias, que nuestras viejas leyes no siempre satisfacen suficientemente.

Vemos pues, la conveniencia de que el Derecho Informático, como parte del Derecho que aborda todos los problemas jurídicos que se suscitan como consecuencia de la Informática, se estudie con la independencia y profundidad que exigen las actuales circunstancias.

Consideramos imprescindible para comenzar el tema de nuestra Ponencia “Los Contratos Informáticos”, hacer una breve precisión terminológica sobre conceptos, que pueden llevar a confusión por la liberalidad con que en ocasiones se utilizan.

Como primer acercamiento al concepto de Derecho Informático, podemos definirlo como la rama del Derecho, o si se prefiere, la parte del Derecho, que trata problemas relacionados con la materia informática.

Pero nuestra precisión debe profundizar más y así compartimos la clasificación que EMILIO DEL PESO NAVARRO² hace al distinguir Derecho Informático o Derecho de la Informática, de la Informática Jurídica. En el primer caso la propia Informática es el objeto del Derecho, mientras que con el término Informática Jurídica, estamos considerando la Informática como herramienta de nuestra actividad.

Dentro de esta faceta del Derecho, un aspecto clave es el que se refiere a la materia contractual. Así la contratación informática se presenta como una parte de este sector del Derecho, que merece especial consideración.

De nuevo, nos vemos obligados a hacer una precisión terminológica para poder determinar el objeto de nuestro estudio ya que también en el ámbito

■² EMILIO DEL PESO NAVARRO.- “Análisis Jurídico desde una perspectiva informática. La contratación Informática”. Revista Actualidad Informática Aranzadi. Núm. 14. Enero 1.995.

contractual, la Informática se presenta en su doble aspecto de objeto y herramienta.

Se denomina contratación informática a los contratos de bienes y/o servicios informáticos, incluyendo los relativos a las bases de datos³.

En contraposición a la llamada contratación informática en sentido estricto, tenemos la llamada contratación electrónica o por medios electrónicos que el Profesor DAVARA⁴ define como aquella que con independencia de cual sea su objeto, que puede también ser la Informática, aunque no necesariamente, se realiza a través o con ayuda de los medios electrónicos, que no tienen por qué ser siempre ordenadores.

Aún estando plenamente de acuerdo con los anteriores conceptos, compartimos la posición de SALVADOR DARÍO VERGEL⁵, que pone de manifiesto la prudencia con que debemos acercarnos a estos contratos, ya que, por regla general, el término “contratación informática” se presenta en una doble acepción: en un sentido amplio, incluiría tanto la contratación sobre bienes o servicios informáticos, como la realizada a través de estos medios; y en un sentido estricto se limitaría al primero de estos grupos de contratos.

Nuestro estudio se centrará en la contratación informática en sentido estricto, cuya clave estará en el objeto sobre el que recae, que siempre serán bienes y/o servicios relacionados con la Informática, lo que nos obliga ineludiblemente a abordar estos conceptos.

Son bienes informáticos⁶ todos aquellos elementos que forman el sistema

■³ ISABEL HERNANDO.- “Contratos Informáticos (Consideraciones Generales)”. Segundas Jornadas de la Abogacía e Informática. Barcelona 21-22 Abril 1.994. Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona.

■⁴ MIGUEL ANGEL DAVARA RODRIGUEZ .- Derecho Informático. Primera Edición. 1.993. Editorial Aranzadi.

■⁵ SALVADOR DARIO VERGEL.- “Contratos Informáticos en el Derecho Privado”. Revista Informática y Derecho 8. UNED Centro Regional de Extremadura. Mérida 1.995.

■⁶ MIGUEL ANGEL DAVARA RODRIGUEZ.- Derecho Informático. Primera Edición 1.993.

-ordenador- en cuanto al hardware, ya sea la unidad central del proceso, o sus periféricos, y todos los equipos que tienen una relación directa de uso con respecto a ellos y que en su conjunto, conforman el soporte físico del elemento informático, así como los bienes inmateriales que proporcionan las órdenes, datos, procedimientos e instrucciones en el tratamiento automatizado de la información y que, en su conjunto, conforman el soporte lógico del elemento informático. Los servicios informáticos serían todos aquellos que sirvan de apoyo y complemento a la actividad informática, en su relación de afinidad directa con ella.

II.- CONCEPTO DE CONTRATO INFORMÁTICO.

Partiendo de la definición de GHERSI que concibe la contratación informática como aquellas operaciones jurídicas, por las cuales se crean, modifican o extinguen relaciones obligacionales sobre bienes o servicios informáticos, se plantea el problema de la razón de ser de esta categoría de contratos, o dicho de otra forma, de la diferencia entre la contratación informática y la contratación ordinaria y de las dificultades que presenta su estudio⁷.

Ciertamente, como señala SALVADOR DARIO VERGEL⁸, puede discutirse la categoría de contrato informático, pero no puede ponerse en tela de juicio la existencia de una problemática común que requiere una solución de conjunto. Podemos encontrar algunas notas propias de este tipo de contratos, y otras que, sin ser propias de éstos, se caracterizan por el hecho de referirse a la materia informática⁹.

Editorial ARANZADI.

■⁷ Consideramos contratación ordinaria aquella que independientemente de su naturaleza civil o mercantil, no recaiga sobre bienes y/o servicios informáticos.

■⁸ SALVADOR DARIO VERGEL.- Obra ya citada

■⁹ GOMEZ-ACEBO Y POMBO en su ponencia "Cómo protegerse de los riesgos derivados de las cláusulas abusivas en los contratos de hardware y software".- Institute for International Research España.- Madrid 1.994. Afirman que los contratos informáticos tienden a ser considerados una categoría autónoma de contratos, puesto que en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, las partes intentan dar una regulación compleja al objeto de la transacción.

Con ello, no defendemos la total desconexión de estos contratos y el intento de una regulación que parta de cero, pero sí debemos ser conscientes de que, basándonos en nuestra legislación, hemos de ir más allá del mero intento de ajustarlos de una forma absoluta, a unos cánones que, en muchos casos, se alejan de su propia naturaleza. Una defectuosa regulación contractual, y así una imprecisa contratación, puede conllevar unas consecuencias económicas mucho más importantes que la mera reducción a sus propios costes. El ámbito negocial en materia informática debe ser objeto de una minuciosa precisión que las partes acaban solventando, en algunos casos, con un muy prudente ejercicio de la autonomía de la voluntad. Pero insistimos, la posición clave y fundamental que ocupa la Informática en la sociedad y todos sus aspectos contractuales, merecen una particular atención por parte de nuestro legislador, quien no debe desentenderse de sus peculiaridades, remitiéndose única y exclusivamente a la legislación vigente. Ciertamente nuestro ordenamiento jurídico es la línea de partida, pero en muchos aspectos contractuales que la moderna tecnología provoca, no puede ser la línea de llegada.

El jurista que accede al estudio de este tipo de contratación, se encuentra con importantes dificultades derivadas de la especificidad de sus aspectos técnicos, la particularidad de su vocabulario, y la estructura compleja que revisten muchos de ellos¹⁰.

El estudio concreto de la contratación informática, nos exige partir del tratamiento de los tipos contractuales ya existentes en nuestra normativa, descubrir sus características, intentando dar respuesta a los problemas que plantean con nuestra propia legislación, ayudados de la interpretación jurisprudencial y doctrinal, y sólo en el caso en que sea absolutamente imposible, con los elementos señalados, dar respuesta a las nuevas necesidades, acudir a una legislación y práctica extranjera que deberá siempre ser respetuosa con la propia, y a su vez, exigir a nuestro legislador, que tomando conciencia de la nueva situación, regule de forma precisa, los extremos que aún así queden fuera de nuestro alcance.

■¹⁰ ANDRE BERTRAND.- "Contrats Informatiques. Services et Conseils Ed. des Parques. París 1.983.

En ningún caso, podemos acudir a la fácil e incorrecta solución de suponer que, si nuestra normativa contractual es insuficiente o no se ajusta de forma absoluta e indiscutible a las necesidades de estos nuevos contratos, un "calco" del Derecho Comparado, sobre la base de la autonomía de la voluntad de nuestro art. 1.255 del Código Civil, puede ser la vía adecuada de solución, aún conculcando nuestros principios contractuales básicos, perfectamente reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico.

III.- PRINCIPIOS Y CARACTERISTICAS FUNDAMENTALES DE LOS CONTRATOS INFORMATICOS. LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACION INFORMATICA.

Como señala MIGUEL ANGEL DAVARA¹¹, los contratos informáticos como tales, con su tipicidad única y propia, no existen, no siendo posible un modelo único de contrato, lo que nos obliga a acudir a la teoría general de la contratación. Pero esta afirmación, sin dejar de ser correcta, no impide que haya una serie de características y circunstancias que impregnan la propia esencia de todo contrato informático.

Así, en primer lugar, debemos destacar las diferencias existentes entre ambos contratantes. El proveedor (como término genérico) de bienes o servicios informáticos, no solamente se encuentra, por regla general, en una posición económicamente más fuerte que la del usuario (también utilizado en término genérico), sino que además, y esta es una de las características propias de este tipo de contratos, sus conocimientos técnicos suelen estar muy distanciados.

Este desequilibrio evidente lleva con cierta habitualidad, a la creación de contratos de adhesión, en los que la colaboración comercial y bilateralidad propia de todo tipo contractual, queda muy mediatizada. El usuario no interviene en igualdad de condiciones en la gestación del contrato, sino que se limita a aceptar lo que el proveedor le ofrece-impone.

Por otra parte, observamos que este ámbito contractual se presenta como terreno abonado para la aparición de abusos, por acciones u omisiones, que

■¹¹ MIGUEL ANGEL DAVARA.- Obra ya citada

pueden llegar a viciar el contrato. El intentar ampararse en la autonomía de la voluntad, art. 1.255 del Código Civil¹², para justificar todo tipo de cláusulas contractuales, no sólo es una falacia, sino que en nuestra opinión, va en contra de la propia literalidad del artículo antes citado.

La situación de desigualdad entre las partes, propia de los contratos de adhesión, se ve agravada en los de naturaleza informática, ya que, al desequilibrio económico, se añade una menor preparación técnica¹³.

En el ámbito contractual informático, debe asimismo destacarse la obligación de información consejo y asesoramiento, que adquiere una importancia decisiva.

Es obligación indiscutible de la parte más informada, esto es el proveedor del bien o servicio, poner de manifiesto al usuario todas y cada una de las características del entramado técnico que puede ser objeto de contratación. Pero no solamente debe informar en sentido estricto (poner de manifiesto una serie de hechos) sino que debe "aconsejar" la solución más beneficiosa y factible a las necesidades de la contraparte, lo que no debe suponer colocar al usuario en una posición de absoluta pasividad y privilegio, sino que, por el contrario, éste tiene el deber inexcusable de cooperar con el proveedor en la determinación de sus necesidades y de las mejores respuestas a las mismas.

Por otra parte, como en todo tipo de contratos, las posiciones de los contratantes son opuestas, pero concurrentes en su perfección (art. 1.262.1 del Cc¹⁴). El usuario parte de su intención de contratar un resultado, frente a la opinión del proveedor que oferta un funcionamiento en abstracto. Ciertamente, parece lógico inclinarse por la contratación con miras a un resultado. Se solicita un sistema informático, por unas necesidades que quieren solventarse, pero

■¹² Art. 1.255 del Código Civil "Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público".

■¹³ CORREA Y OTROS.- Derecho Informático

■¹⁴ Art. 1.262.1 del Código Civil " El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la causa y la cosa que han de constituir el contrato"

debemos ser conscientes, que en la materia que nos ocupa, la perfección indiscutible y la garantía absoluta de un resultado, se complican a medida que la solicitud es más compleja.

Entendemos por ello, que es característica propia de la contratación informática, buscar un resultado dentro de parámetros lógicos y naturales, sin permitir la exigencia del usuario de un resultado ideal e inalcanzable, ni al proveedor de una discreción y arbitrariedad que llevarían a la propia inexistencia del contrato (art. 1.256 del Código Civil¹⁵).

Otra de las notas características de este tipo de contratos es la diversidad de las prestaciones. Diversidad de prestaciones que se complica en el momento en que la contratación deja de centrarse en un bien o servicio, para incluir una pluralidad de prestaciones. Así nos encontramos, no sólo con la posibilidad, sino con la habitual presencia de múltiples prestaciones englobadas en un sólo contrato, o bien múltiples contratos, sobre prestaciones diversas, interconectados¹⁶, que crean una relación de dependencia entre ellos. Todo ello obliga a que el objeto de la contratación informática esté precisado de una forma exquisita y con una terminología perfectamente detallada.

Como ya hemos señalado, las soluciones a las necesidades contractuales en materia informática, no pueden ser solventadas de ningún modo, por una mera traducción de los moldes provenientes de ordenamiento jurídicos ajenos. Sus planteamientos normativos y negociales pueden ser radicalmente diferentes a los nuestros, lo que supondrá o podrá suponer, la plasmación de cláusulas contractuales, que carezcan de todo sentido para nosotros, o incluso que adolezcan de nulidad por contravenir una normativa, ya vigente¹⁷.

Como establece CATALA¹⁸, la traducción literal de conceptos propios de

■¹⁵ Art. 1.256 del Código Civil "La validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes".

■¹⁶ ANA LOPEZ FRIAS.- "Los Contratos Conexos". Ed. J.M.Bosch S.A.. Barcelona 1.994.

■¹⁷ Merece destacarse como ejemplo la cláusula de exclusión de responsabilidad propia de los contratos anglosajones y de difícil adaptación a nuestro ordenamiento jurídico.

■¹⁸ P. CATALA.- "L'Informatique et l'evolucion des modelles contractuelles. V Congreso

un país que no guarda su correlato con otro, puede llevar a serios equívocos.

Se parte de una cooperación en la formación de un negocio por ambas partes contratantes, pero el tráfico masivo de mercancías, el comercio de las multinacionales y la complicación de los objetos y servicios intercambiados, coloca esta idea primigenia en una posición un tanto utópica, en un gran número de ocasiones.

IV.- NATURALEZA Y FORMA DE PRESENTACION DE LOS CONTRATOS INFORMATICOS.

El primer problema que plantean los contratos informáticos es la necesidad de acoplarlos a los tipos legales ya existentes, o bien, la posibilidad de identificarlos con otros típicos o acudir al concepto más genérico de atipicidad.

Los contratos atípicos surgen como respuestas a las cambiantes necesidades económicas que evolucionan con mayor rapidez que el contenido de nuestras leyes, y así cuando las nuevas necesidades no pueden ser solventadas por los contratos típicos, aparecen al amparo de la libertad contractual, nuevas formas que responden a un normal desenvolvimiento de la vida jurídico económica.

Lógicamente estos contratos habrán de regirse por los acuerdos de las partes, por las normas dispositivas de figuras afines, por las generales de la contratación y por la costumbre y principios generales del Derecho.

Hoy en día, la atipicidad absoluta es difícil de encontrar, pero por otra parte, en la materia que nos ocupa, más que en ninguna otra, la forma normal de presentarse un contrato es la mixta, que supone, como ya hemos dicho, que un solo acto negocial engloba diversas prestaciones características de otros contratos típicos.

No obstante, con todo lo dicho, tratamos una materia en la que predominan los llamados contratos de "atipicidad típica", o en palabras de

ROSELLO¹⁹, "atipicidad estandarizada", que goza así de una tipicidad social individualizada por los usos negociales, doctrina, y en cierto modo, actuación jurisprudencial.

Problema diferente supone la aparición de los contratos conexos²⁰, que determinan una coordinación de distintos tipos negociales unidos por una misma finalidad económica.

En estos supuestos, encontramos un conjunto de contratos típicos, pero que están íntimamente relacionados, debiendo depender los resultados de uno, de los resultados de los demás.

La regulación aplicable, con la dependencia ya señalada, se presenta de una forma más sencilla. En cualquier caso, el principio base de nuestra contratación es la autonomía de la voluntad, y será sobre esta base, sobre la que los contratantes, comiencen y determinen el perfil de sus negocios, ahora bien, la ley (art. 1.258²¹) liga a los contratos unas consecuencias que no tienen por qué estar plasmadas en los mismos, y la autonomía de la voluntad no puede conculcar estas consecuencias, al igual que las obligaciones que de forma imperativa se establezcan por nuestra normativa.

Las conexiones que entre los contratos informáticos, se pueden apreciar, son indiscutibles. Debemos tener en cuenta cómo el hardware solo funciona cuando le es aplicable un software, al igual que éstos solo pueden ser útiles a través del ordenador. Por otra parte, la celebración de un contrato de asistencia técnica sólo tiene sentido si existe algo que cuidar y reparar. Así, todos estos contratos tienden a alcanzar una misma finalidad, consistente en hacer posible para un determinado sujeto, el uso de un sistema informático. Si los contratos

■¹⁹ ROSELLO C.C.- "I Contratti dell'Informatici. Spunti di Riflesione in Comparazione con l'esperienza statunitense e francese, en I. Contratti di utilizzazione del computer a cargo de G. ALPA. Giuffrè. Milán 1.984.

■²⁰ ANA LOPEZ FRIAS.- Obra ya citada.

■²¹ Art. 1.258 Cc.- "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley".

antes mencionados son perfeccionados con un mismo proveedor, parece admisible la posibilidad de oponer la excepción de incumplimiento, en relación al precio de la máquina o al del software, cuando este software adolece de algún defecto, o viceversa²².

Supuesto diferente, se plantea cuando los proveedores son distintos, en cuyo caso, el incumplimiento de un contrato por su inadecuación con el objeto de otro, sólo podrá ser excepcionado, cuando expresamente se haya hecho constar este requisito en el contrato. En otro caso, no pueden recaer sobre un proveedor que desconoce la existencia de un hardware o software, ajeno a su contrato, las consecuencias de una descoordinación de ambos.

V.- ELEMENTOS DE LA CONTRATACION INFORMATICA

El art. 1.261 del Código Civil, establece como indispensables para la existencia de un contrato²³ la concurrencia del consentimiento, el objeto y la causa.

Obviaremos la referencia a la causa, figura discutida y discutible, cuyo estudio sobrepasa los límites e intenciones de este trabajo.

Por lo que se refiere al segundo de estos elementos, el objeto, nos remitimos a lo señalado anteriormente, al concretar el concepto de contratación informática. Recordemos que es precisamente la peculiaridad del objeto (la prestación que recae sobre bienes y servicios informáticos) lo que va a calificar la propia naturaleza contractual. Pero hemos de poner de manifiesto la gran variedad de bienes y servicios informáticos que existen y que a su vez, darán su

■²² ANA LOPEZ FRIAS.- Los Contratos Conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal. Ed. JOSE MARIA BOSCH.- Barcelona 1.994

■²³ Art. 1.261 del Código Civil.- "No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1) Consentimiento de los contratantes, 2) Objeto cierto que sea materia del contrato y 3) Causa de la obligación que se establezca".

tinte particularizado a cada negocio en concreto, respetando siempre las exigencias que los arts. 1.271 a 1.273 del Código Civil, determinan en cuanto al objeto²⁴.

Merece especial mención el hecho de que en la negociación informática, la determinación del objeto puede alcanzar cotas de dificultad mayores que en la contratación ordinaria, lo que lleva consigo la necesidad de un exquisito examen de esta determinación para evitar posteriores problemas por el incumplimiento.

La multiplicidad y diversidad de las prestaciones objeto del contrato, llegan a calificar los propios pactos contractuales, como negocios de suma complejidad, cuya dificultad se verá agravada por los distintos tipos de derechos y obligaciones que ya se trate de hardware, de software o de servicios, determina nuestra legislación.

De forma meramente enunciativa, podemos citar²⁵:

Como bienes informáticos:

1.- El equipo informático (unidad central de proceso y unidad periférica), equipo de transmisión de datos (módems, computadoras, multiplicadores...), equipo de telecomunicaciones, calculadoras programables, equipos y máquinas de contabilidad, equipo de proceso de palabras...

2.- Suministros informáticos: para registro de la información, de

■²⁴ Hablando con propiedad, afirma COLIN Y CAPITANT, un contrato no tiene objeto. El contrato es un acto jurídico que produce el efecto de crear obligaciones, ya a cargo de las dos partes, ya a cargo de una de ellas. Son estas obligaciones las que tienen un objeto, que puede consistir en una cosa material, o en un hecho, o en una abstención, por lo tanto, sólo de un modo elíptico, se puede hablar de objeto del contrato. En la misma línea, CASTAN afirma que el objeto inmediato de un contrato, en realidad, es la obligación que por él se crea, que a la vez tiene por contenido, una prestación de dar, hacer o no hacer, lo que nos lleva a considerar objeto del contrato, las cosas o servicios que son la materias de las obligaciones de dar, hacer o no hacer. En la misma línea, JULIO TELLEZ VALDES, en su ponencia "Contratos Informáticos", presentada en el Congreso de Guatemala, afirma que los contratos informáticos tienen por objeto regular la creación y transmisión de derechos y obligaciones, respecto a los bienes y servicios informáticos.

■²⁵ JULIO TELLEZ VALDES.- Los Contratos Informáticos.- Obra ya citada.

abastecimiento del equipo, auxiliares del equipo, auxiliares para programación...

3.- Programas de computación: sistemas organizadores de multiproceso, controladores de multiproceso, de aplicación específica...

4.- Equipo y suministro de apoyo y auxiliares a la información.

Como servicios informáticos:

1.- Relacionados con recursos humanos

2.- De acondicionamiento de locales e instalación de equipo de cómputo y auxiliares.

3.- De uso de equipos de cómputo por tiempo limitado

4.- De explotación de programas bajo licencia de uso, con o sin cargo

5.- De consultas de archivos y bases de datos

6.- De estudios de mercado en Informática

7.- De documentación técnica e informática

8.- De mantenimiento preventivo, correctivo o de conservación

9.- De manejo de datos

10.- De auditoría y diagnóstico

11.- De desarrollo de estudios de viabilidad, factibilidad, inversión o adquisición de bienes o servicios informáticos...

12.- Cualesquiera otros servicios de apoyo y auxiliares a la Informática....

Respecto al último de los elementos del contrato, el consentimiento, evidentemente las partes, tras haber determinado el objeto cierto del contrato, tendrán que alcanzar la coordinación de sus voluntades. De esta forma, partiendo de posiciones contrapuestas, llegará un momento en que tanto la oferta como la aceptación coincidan puntualmente, momento éste en que se entenderá

perfeccionado el contrato.

De forma genérica, las partes involucradas en un contrato informático, serían: el proveedor o suministrador, que será el encargado de realizar la prestación que sobre los bienes y servicios informáticos se esté pactando, y la persona natural o jurídica que reciba la antedicha prestación, que podemos denominar, usuario²⁶.

VI.- FASES DE LA CONTRATACION

Las fases de la contratación son las siguientes:

- 1) Periodo precontractual o de negociación.
- 2) Acuerdo de voluntades o perfeccionamiento del contrato.
- 3) Ejecución o cumplimiento de lo acordado.

A) FASE PRECONTRACTUAL

Ya hemos adelantado, que cuando la contratación informática recae sobre algo más que la sencilla compra de un ordenador personal o un disquete en una tienda especializada, requiere una importante fase precontractual en la que las partes pongan de manifiesto su intención de contratar, la finalidad perseguida, etc....

Esta fase precontractual adquiere una importante significación en este tipo de contratos, porque, en ocasiones, el llamado usuario, se presenta a la misma sin tener claras sus verdaderas necesidades, o si se prefiere, sin poder determinar

■²⁶ EDUARDO RAMOS MENDEZ, LUIS EUGENIO OLIVER y FRANCISCO EUGENIO DIAZ.- Informática Jurídica. Educación Permanente. UNED, de una forma más desarrollada, hablan de los papeles a desempeñar por las personas que intervienen en la negociación de un contrato informático de cierto alcance, siguiendo a LOSANO, mencionando el papel del delegado de la alta dirección, el centro de cálculo a instalar, el experto en informática, ajeno a la empresa, el representante sindical de los trabajadores implicados y el jurista, encargado de preparar la documentación.

de una forma clara y precisa, qué soluciones pretende para esas necesidades.

En este periodo contractual, el suministrador o proveedor, deberá estudiar las necesidades o intenciones contractuales que el usuario ha puesto de manifiesto, gozando de la imprescindible colaboración de éste último. El proveedor tiene la obligación de asesorar y aconsejar al usuario, siendo nefastas las consecuencias que para una y otra parte se pueden dar si se escatiman esfuerzos y se mantienen actitudes suspicaces durante estas conversaciones.

Es conveniente que el usuario se asesore por técnicos ajenos al suministrador, si bien los límites de la obligación del primero respecto al análisis de sus necesidades, se encuentran en el deber de consejo y asesoramiento del proveedor²⁷.

Todas estas obligaciones y necesidades se verán modificadas y atemperadas, a tenor de la preparación técnica y comercial de ambas partes, teniendo en cuenta, con todo, las responsabilidades en que uno y otro podrán incurrir para el supuesto de una defectuosa coordinación de esfuerzos.

Es lógico pensar que, pese a lo establecido en nuestro Código Civil, en el art. 1.282²⁸, lo tratado en esta primera fase contractual será fundamental a la hora de interpretar los contratos, debiendo tenerse muy en cuenta el tenor literal del art. 1.288 del Código Civil respecto a las cláusulas oscuras²⁹.

Por último, hemos de advertir como señala ISABEL HERNANDO³⁰, que todos los estudios y conversaciones pueden no llegar a finalidad alguna, por causa de una actitud malintencionada y abusiva de una de las partes, encontrándonos ante la llamada "ruptura abusiva de los tratos preliminares".

■²⁷ ISABELLE DE LAMBERTERIE.- Obra ya citada.

■²⁸ Art. 1.282 del Cc.- "Para juzgar de la intención de los contratantes deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato".

■²⁹ Art. 1.288 del Cc.- "la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato, no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad".

■³⁰ ISABEL HERNANDO.- "Los Contratos Informáticos". Librería Carmelo. San Sebastián 1.996.

Al no estar regulada esta materia de forma expresa, podemos acudir a una doble solución. Si existen contratos de estudio y asesoría, las consecuencias de la ruptura deberán haber sido establecidas en los mismos. Si no es así, no tenemos más remedio que acudir al art. 1.902 del Cc, para la depuración de responsabilidades. Pero todo jurista es consciente que si bien se podría obtener una indemnización de daños y perjuicios, mucho más difícil será conseguir el resarcimiento por lucro cesante, que puede alcanzar en estos tipos contractuales, unas cotas importantísimas.

En la etapa precontractual, el usuario al determinar sus necesidades, deberá atender a su organización y los fines pretendidos, que comunicará al proveedor, quien a su vez, y como consecuencia de la imprescindible colaboración contractual, tiene la obligación de requerirle los datos y características necesarios, para poder ofrecer unas soluciones viables. Es conveniente, aunque no imprescindible, a efectos de evitar discusiones y responsabilidades postreras, plasmar por escrito estas necesidades, que firmarán ambos contratantes.

Una vez prefijadas con claridad, en la medida de lo posible, las necesidades del usuario, el proveedor propondrá las mejores soluciones, a su entender, informando y aconsejando al usuario, en evitación de soluciones excesivamente escasas o extensas.

En su propuesta de soluciones, el proveedor señalará los usos y tareas que el material está en condiciones de resolver, las características de la instalación, los diferentes elementos que permitan al usuario calcular la rentabilidad del sistema ofrecido, advirtiéndole de los riesgos inevitables que su adquisición puede conllevar³¹.

En la fase de negociación, deberán discutirse sobre los presupuestos antedichos, todas las cláusulas que posteriormente se reflejarán en la firma del contrato, y que son determinantes, no solo de aspectos puntuales que redondean el contrato en su globalidad, sino que pueden perfilar de una manera sustancial, la propia viabilidad del contrato. Evidentemente, el proveedor puede encontrar en

■³¹ DANIEL RICARDO ALTMARK.- La etapa precontractual en los contratos informáticos.

principio, soluciones a casi todos los problemas y necesidades que le plantea el cliente, pero su coste, el momento de entrega, o incluso la forma de pago, pueden resultarle, o inalcanzables o inaceptables a este último.

En todo el proceso negocial, debe primar la buena fe, colaboración y confianza mutua, pero desgraciadamente, la experiencia nos muestra cómo es conveniente que cada uno de los pasos, se refleje por escrito, no sólo para poder observar la evolución de todo el proceso, y facilitar la interpretación de las futuras cláusulas contractuales, sino y fundamentalmente, para garantizar la posición, tanto del proveedor, como del usuario. Esta documentación precontractual, en principio no obliga a la suscripción del contrato, pero sí crea un marco jurídico al que se podrá acudir, a efectos de exigir las posibles responsabilidades, por los perjuicios causados tanto por la ruptura de negociaciones, o la retirada prematura de la oferta, como por la divulgación de secretos o facetas empresariales que se hayan puesto en juego.

B) PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO

Una vez finalizada la fase precontractual, se llega a la que podríamos llamar de perfeccionamiento del contrato, en la que se redacta éste y se procede a su suscripción por las partes.

Los contratos informáticos que en un primer momento no fueron más que un calco de los ya desarrollados por los países anglosajones, van adquiriendo en la actualidad, una forma más acorde y adecuada, con nuestro ordenamiento jurídico. En ellos, como señala BIGELOW³² es muy importante que se determine de forma clara y precisa, qué se va a hacer, dónde se va a hacer, cuándo se va a hacer, cómo se va a hacer y quien lo va a hacer.

Las cláusulas contractuales, que deberán estar perfectamente redactadas y perfiladas, atenderán a todos los extremos que el objeto contractual precise, dependiendo, eso sí, la existencia de unas u otras, de la peculiar prestación que en cada momento se esté tratando.

■³² ROBERT P. BIGELOW.- "Understanding computer system contracts". Data Center Operations Managements. Auerdach Publisher 1.991. WARREN GORHAM & LAMONT.

CLAUSULAS CONTRACTUALES

De una forma genérica, podemos determinar como cláusulas más representativas, las siguientes:

1.- Las partes. El contrato deberá reflejar quiénes son las partes contratantes, su naturaleza física o jurídica y la posición que ocupen en el contrato. Huelga decir que ha de precisarse el carácter representativo de la persona física que actúa en nombre de la jurídica, determinándose con meridiana claridad, los sujetos que vayan a quedar vinculados.

2.- El objeto del contrato, determinando los derechos y obligaciones que surgirán sobre los bienes y/o servicios contratados. Por otra parte, el objeto del contrato puede sufrir modificaciones dada la duración en el tiempo que el cumplimiento del mismo puede requerir, supuesto que deberá constar expresamente en el contrato.

3.- Duración, en la que se fijará el plazo de vigencia del contrato, y en su caso, la propia vida contractual, estableciéndose los ritmos mínimos de trabajo, y las fechas a partir de las cuales comenzarán las responsabilidades por mora. Debe tenerse en cuenta que el factor tiempo, en un contrato informático de cierta entidad, adquiere una importancia de primerísimo orden, ya que, por una parte puede suponer la paralización de una empresa o la suspensión parcial de sus actividades, y por otra, la obsolescencia de ciertos elementos pactados en el contrato. En supuestos contractuales como el del mantenimiento, la vida del contrato garantiza al cliente un periodo en que se le asegura el funcionamiento del sistema, pudiendo éste calcular su renovación empresarial o forma de trabajo, sobre unos parámetros de seguridad.

4.- Fijación del precio y forma de pago. Esta cláusula determinará la cantidad a pagar, las formas y plazos de pago, con sus respectivas garantías, debiendo calcular, dentro de unos márgenes, ciertos costes que en un primer momento, no pudieron preverse. Lógicamente la fijación del precio y modo de pago, variarán según el objeto del contrato, fijándose de forma diferente en una compraventa o en un arrendamiento de servicios. Pero indudablemente el precio debe ser cierto, bien por estar fijado de forma expresa en el contrato, o por haberse establecido los criterios para ser determinado. En ningún caso podrá dejarse al arbitrio de una de las partes la determinación del mismo, lo que

equivaldría a dejar en sus manos el cumplimiento o incumplimiento del contrato.

Tan importante como el precio, resulta el momento de pago o facturación, que puede posibilitar tanto la disponibilidad del dinero por parte del usuario, como el propio funcionamiento de la empresa proveedora, ya que en múltiples ocasiones los contratos informáticos se extienden en el tiempo con importantes costes, que no pueden posponerse en su totalidad hasta la finalización completa de la prestación.

5.- La entrega y pruebas de recepción. Todo contrato nace a la vida comercial para su cumplimiento, debiendo determinarse el plazo y el lugar de la entrega. Una vez realizada la entrega, se procederá a efectuar los controles y pruebas de recepción, para asegurar que las prestaciones realizadas son conformes a las necesidades del cliente. Las pruebas deberán estar sometidas a un calendario que formará parte del contrato. Una vez pasadas estas pruebas, el cliente procederá a aceptar el bien (o el servicio), lo que muestra claramente la diferencia entre entrega y recepción. Es conveniente establecer un periodo de prueba en que el usuario vaya comprobando la idoneidad del producto, a cuya finalización se producirá la aceptación definitiva³³.

6.- Cláusula de Confidencialidad. La información que entra en juego o puede aparecer y utilizarse en un contrato informático, hará pertinente la existencia de cláusulas que garanticen la reserva por ambas partes contratantes.

7.- La transmisión de derechos. Tanto sobre el hardware, como sobre el software se deberá especificar qué derechos y en qué amplitud adquiere el usuario, con las consiguientes garantías y responsabilidades. Especial significación adquiere esta materia, en el caso del software, que siempre habrá de respetar el marco establecido por nuestra Ley de Propiedad Intelectual.

8.- Cláusula de asistencia técnica y capacitación del personal del usuario, a la que se unirá, en cláusula aparte, la entrega de los manuales y documentos necesarios para el funcionamiento y utilización del hardware y del software.

■³³ Lógicamente, los contratos de servicios tienen unas características peculiares por la propia naturaleza de la prestación objeto del contrato.

9.- Cláusula de escrow³⁴.

10.- Cláusula de mantenimiento³⁵.

11.- Otras cláusulas. El contrato informático contendrá los supuestos de incumplimiento, los seguros concertados, fianzas a prestar, cláusula arbitral, y demás disposiciones que faciliten y determinen el contrato.

12.- Asimismo constarán las garantías y responsabilidades a que se comprometen unos y otros. Se puede observar una tendencia por parte de los proveedores, de excluir al máximo sus responsabilidades, cláusula que a nuestro entender, puede llegar a ser nula por ir en contra de nuestra propia legislación.

C) CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

Una vez suscrito el contrato, comienza la fase de ejecución o cumplimiento, en la que se harán las entregas, comenzarán a prestarse los servicios..., o en otras palabras, se empezará a cumplir lo acordado en el contrato firmado. Evidentemente, el cumplimiento ha de ajustarse estrictamente a lo acordado, que deberá, como ya hemos señalado, estar perfectamente detallado. Se respetarán los plazos de entrega y de asistencia, el pago del precio, las responsabilidades por vicios...

Las notas reseñadas son más características de los contratos de cierta entidad, dado que a nadie se le escapa que si alguien quiere comprar un ordenador personal, no necesitará una fase precontractual desarrollada; el consejo que recibirá será muy limitado, y el contrato se redactará en el mejor de los casos, como un contrato-tipo.

■³⁴ Nos remitimos al contrato de escrow, tratado específicamente en esta obra.

■³⁵ Nos remitimos al contrato de mantenimiento.

VII.- TIPOS DE CONTRATOS

La propia naturaleza de los contratos informáticos, el complejo mundo sobre el que recaen y la constante evolución de los mismos, hace que cualquier clasificación que propongamos, tienda a quedar, o desfasada, o cuando menos, no aporte la visión global que toda clasificación, para ser útil, debe proporcionar.

Una primera aproximación a la tipología de los contratos informáticos, nos indica, como ya hemos señalado en numerosas ocasiones, que son todos aquéllos que recaen sobre bienes y servicios informáticos, por lo que, indudablemente, el primer intento clasificatorio, nos llevará a distinguir entre aquellos que recaigan sobre bienes informáticos; y los que tengan por objeto un servicio relacionado con la informática.

Un segundo paso nos obliga a destacar la diversa naturaleza de los bienes informáticos. Naturaleza que conlleva un tratamiento diferenciado entre los bienes materiales y los inmateriales, por lo que, atendiendo al objeto sobre el que recae el contrato informático, podremos observar que existen los contratos sobre hardware, sobre software y sobre servicios informáticos.

Esta es la clasificación más básica y generalmente admitida. Cada contrato podrá localizarse dentro de alguno de estos tres grandes grupos, pero realmente esta clasificación carece de virtualidad práctica, ya que a nadie se le escapa que afirmar la complejidad del mundo informático, conlleva afirmar la complejidad del mundo contractual que se centra en esta materia. Los contratos de servicios en numerosas ocasiones se entremezclan con contratos que, en puridad, quedan englobadas en los otros dos grupos, mostrando un panorama mucho más interrelacionado que el que esta clasificación pueda, a primera vista, ofrecer.

Ello ha llevado a EMILIO DEL PESO³⁶ a afirmar que esta división no responde ya a la realidad, proponiendo la división de los contratos entre: contratos de hardware, contratos de software, contratos de datos, contratos de servicios y contratos complejos.

■³⁶ EMILIO DEL PESO.- La Contratación Informática.- Actualidad Informática Aranzadi.- núm. 14 Enero 1.995.

Clasificación esta que se acerca más al entramado real de las relaciones negociales que recaen sobre la Informática.

BONNEAU³⁷ propone una clasificación atendiendo al negocio jurídico que se celebre, distinguiendo entre: contrato de venta (que puede ser de equipo informático o de programas); contrato de leasing; contrato de locación sobre equipos o sobre programas; contrato de horas-máquina, que equivaldría a un contrato de cesión de uso; contrato de mantenimiento; contrato de prestaciones intelectuales que englobaría los estudios previos, el pliego de condiciones, la formación de personal, el contrato llave en mano y contrato de prestación de servicios.

Todas las clasificaciones expuestas y cualquiera otra que atendiese a criterios diferentes, a pesar de poder ser objeto de numerosas y fundadas críticas, no dejan de aportar una visión globalizante del aspecto negocial de la Informática, que ayudará a cualquier estudioso de esta materia a centrar en un primer acercamiento la figura contractual ante la que se encuentre.

FIGURAS CONTRACTUALES MAS REPRESENTATIVAS:

LA COMPRAVENTA INFORMATICA

1) INTRODUCCION

La compraventa, tal y como establece el art. 1.445 de nuestro Código Civil, es el contrato por el que una parte se obliga a entregar cosa determinada, y la otra a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente.

Una primera aproximación a la figura de la compraventa informática nos

■³⁷ JACQUES-ROGER BONNEAU.- "La pratique du droit de l'Informatique dans l'entreprise. Les relations entre constructeurs utilisateurs et conseils, et de l'usine nouvelle.- París 1.984, citado por CORREA y otros en "Derecho Informático".

obliga en primer lugar a cuestionarnos su naturaleza, características y especificidad. ¿Es realmente la compraventa informática una figura negocial con características propias con relación a la compraventa ordinaria?

La compraventa informática será aquélla que recaiga sobre bienes informáticos, lo que en principio no le confiere ninguna característica especial, o cuando menos no aporta ningún razonamiento de mediana entidad que justifique nuestro estudio. Por supuesto, puede haber una compraventa de coches, de mobiliario de oficinas, de libros... y por ello no se realiza un estudio pormenorizado específico de sus características, al coincidir básicamente con las generales de la compraventa.

Pero realmente el concepto de bien informático y sus propias características, sí que plantean una cualificación del contrato de compraventa que hace conveniente su tratamiento.

El bien informático puede abarcar al hardware y al software, lo que por pura lógica nos llevaría a afirmar, a tenor de la definición aportada, que el contrato de compraventa podrá recaer sobre el hardware y sobre el software.

BONNEAU³⁸ al clasificar los contratos informáticos, habla en primer término del contrato de venta, que subdivide en venta de equipo informático y venta de programas. Incluso este mismo autor, cuando habla de la compraventa de equipamiento, pone de manifiesto, cómo a menudo se incluye también el software asociado.

Por nuestra parte, consideramos que no es posible hablar de venta de software, salvo, como señalan GOMEZ ACEBO y POMBO³⁹ la venta de cosas específicas de un programa, venta del disquete o soporte; realizándose simultáneamente con esta venta, la obtención de una licencia de uso del programa

■³⁸ JACQUES ROGER BONNEAU.- *La pratique du droit de l'informatique dans l'entreprise, les relations entre constructeurs, utilisateurs et conseils*. Ed. de l'USINE NOUVELLE. París 1.984.

■³⁹ GOMEZ ACEBO y POMBO.- *Cómo Protegerse de los riesgos derivados de las cláusulas abusivas en los contratos de hardware y software*". Institute for International Research España. 9 de febrero de 1.994.

que contiene, por lo que en puridad, el contrato de compraventa y su regulación, tanto en el Código Civil como en el Código de Comercio, según los casos, se aplicará exclusivamente al equipo informático

2.- ELEMENTOS PERSONALES Y REALES. EL OBJETO DE LA COMPRAVENTA INFORMATICA. EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES ASUMIDAS.

A) ELEMENTOS PERSONALES

Las partes que intervienen en una compraventa son el comprador y el vendedor, a las que se les exige capacidad para contratar, capacidad que se supone a toda persona a quien nuestras leyes autorizan para obligarse, siendo la incapacidad, la excepción a la regla.

B) OBLIGACIONES DEL VENDEDOR

Por lo que se refiere al vendedor o persona que se obliga a entregar un bien informático, deberá, como obligación más característica, dar toda la información necesaria para que el comprador conozca las posibilidades y utilidades del bien informático adquirido.

ISABELLE DE LAMBERTERIE⁴⁰ afirma que la Jurisprudencia francesa establece que el vendedor asume una doble obligación: de puesta en guardia y de consejo, por un lado y de informar e informarse, por otro, si bien, como señala ANDRÉ BERTRAND⁴¹ esta obligación no es la misma en cuanto al proveedor de microcomputadoras y el de grandes equipos, aunque ello no es óbice para presuponer la desaparición de esta obligación de informar completa y correctamente, que pesa sobre el vendedor.

■⁴⁰ ISABELLE DE LAMBERTERIE.- Les contrats en informatique, jurisprudence française. 3^a edición Librairie de la Cour de Cassation 1.983.-

■⁴¹ ANDRÉ BERTRAND.- L'obligation de conseil et de renseignement en Droit de l'Informatique 1.986, "Expertises núm. 84 Mayo 1.986 París.

Debe entenderse que el término "información" que estamos empleando, engloba las obligaciones de prevenir y aconsejar la mejor y más útil adquisición para el comprador.

Obviamente, y dada la complejidad del objeto de esta compraventa, deberá el vendedor, entregar las instrucciones y documentación necesaria para su uso, siendo precisamente estas pautas, comprensibles para el adquirente.

Esta información debe ser clara y precisa, por lo que el vendedor ha de solicitar del comprador, los datos necesarios de su actividad o destino para el que va a emplear o al que va a dedicar su equipo informático.

La capacitación técnica del adquirente determinará la naturaleza y extensión de las explicaciones del vendedor que en todo caso, incluirá la compatibilidad con otros aparatos y/o sistemas, las posibilidades de expansión...

Asimismo, si bien el contrato queda perfeccionado al asumir por las partes sus respectivas obligaciones, entendemos que el vendedor ha de entregar el bien adquirido, y si fuese necesario por la importancia de dicho bien, será precisa además la instalación en el lugar que se haya convenido⁴².

B.1 Entrega

Sin duda alguna, el vendedor está obligado a entregar la cosa en el estado en que se hallase al perfeccionarse el contrato (art. 1.458 Cc), por lo que en caso de venta de un sistema que precise una instalación, éste deberá responsabilizarse de su buen estado, encargándose asimismo de los seguros que fueran precisos, lo que no impide que en numerosas ocasiones, el vendedor trate de exonerarse de toda responsabilidad. Estimamos que hasta que el equipo no esté en funcionamiento o con posibilidades de estarlo, el comprador no asume ningún riesgo. El vendedor así, deberá demostrar la perfecta viabilidad del equipo instalado.

■⁴² El art. 1.461 del Cc establece que el vendedor está obligado a la entrega de la cosa objeto de la venta.

Nuestro Código Civil, en el art. 1.453 admite la venta hecha en calidad de ensayo o prueba y la venta de las cosas que es costumbre gustar o probar antes de recibirlas, presumiendo que se hacen siempre bajo condición suspensiva. Así el llamado "test de aceptación" es el medio de que dispone el comprador de un equipo para revisarlo, a partir del cual comenzará un periodo de prueba opcional que deberá constar en el contrato⁴³.

Es lógico pensar que en caso de desacuerdo en cuanto al funcionamiento del equipo, se acuda a una peritación por un técnico informático que determinará si el equipo se ajusta a lo ofertado por el vendedor y a lo demandado por el comprador.

CORREA⁴⁴ afirma que es conveniente que después de la entrega e instalación, el vendedor certifique por escrito al adquirente que el equipo se halla listo para el test de aceptación, debiendo el usuario comprobar en un plazo prudencial, el funcionamiento del equipo con el software para el que está destinado y la inexistencia de vicios de fabricación.

Por último, debemos destacar la obligación del vendedor de garantizar al adquirente el funcionamiento correcto del equipo entregado durante un periodo de tiempo determinado, garantía que el vendedor tratará de eliminar, y que por el contrario es aconsejable que conste en todo contrato de forma clara y expresa, siendo de especial importancia la cuestión relativa a los repuestos, ya que al comprador le interesará un compromiso de suministro durante un periodo prolongado de tiempo.

B.2 Saneamiento.

Complemento de la obligación de entrega, según nuestra legislación, es la de saneamiento (art. 1.461 del Cc).

Así, tal como establece el art. 1.474 del Cc, en virtud del saneamiento a que se refiere el art. 1.461, el vendedor debe garantizar al comprador la posesión

■⁴³ ALFONSO NOGALES AGUIRRE.- Obra ya citada.

■⁴⁴ CORREA y otros.- Obra ya citada.

legal y pacífica de la cosa vendida y responderá de los vicios o defectos ocultos que tuviera.

El art. 1.475 del Cc dispone que tendrá lugar la evicción cuando se prive al comprador por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la compra, de todo o parte de la cosa comprada.

El vendedor responderá de la evicción aunque nada se haya expresado en el contrato. Los contratantes sin embargo podrán aumentar, disminuir o suprimir esta obligación del vendedor.

Consciente el legislador de la puerta que se abre para un posible abuso de derecho, con el último párrafo del artículo antes citado, se establece en el art. 1.476, la nulidad de todo pacto que exima al vendedor de responder de la evicción siempre que hubiera mala fe por su parte.

En cuanto a la licencia de uso de un software, que puede ir unida a la adquisición de un equipo, indudablemente el vendedor deberá garantizar la legalidad de ese uso, a tenor de lo dispuesto en la Ley de Propiedad Intelectual (materia que será objeto de tratamiento más adelante).

Asimismo, el vendedor estará obligado al saneamiento por los defectos ocultos que tuviera la cosa vendida si la hacen impropia para el uso al que se destina o si disminuyen de tal modo este uso que, de haberlo conocido el comprador, no lo habría adquirido, o habría dado menos precio por ella, pero no será responsable de los defectos manifiestos o que estuvieran a la vista, ni tampoco de los que no lo estén, si el comprador es un perito que, por razón de su oficio o profesión debe fácilmente conocerlos (art. 1.484 Cc).

Téngase en cuenta que a pesar del último párrafo, la complejidad técnica de la compraventa informática hace que la interpretación del mismo, deba hacerse de forma restrictiva.

El art. 1.485 del Cc determina que el vendedor responde al comprador del saneamiento por los vicios ocultos de la cosa vendida, aunque los ignorase. Esta disposición no regirá cuando se haya estipulado en contrario y el vendedor ignorara los vicios o defectos ocultos de lo vendido.

La Jurisprudencia ha venido interpretando extensivamente el art. 1.484 en

el sentido de considerar que cuando los defectos de la cosa sean de tal entidad que la hagan impropia para su uso, se equiparán a la entrega de una prestación diferente a la prometida, con la posibilidad de aplicación de los arts. 1.101 y 1.124, lo que protege mejor los intereses del comprador, a quien la cosa comprada le resulta inhábil para el fin previsto.

Asimismo esta dirección Jurisprudencial llega a considerar de aplicación en dichos casos, el plazo de quince años del art. 1.964 del Cc, superándose los limitados periodos temporales previstos en el art. 1.490 del Cc y 342 del Código de Comercio⁴⁵.

La Ley 7/1.996 de 15 de Enero de Ordenación del Comercio Minorista, establece en su art. 12 que el vendedor responderá de la calidad de los artículos vendidos en la forma determinada en el Código Civil y Mercantil⁴⁶, así como en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y normas concordantes y complementarias. El citado artículo dispone un plazo mínimo de garantía en caso de bienes de carácter duradero, de seis meses a contar desde la fecha de recepción del artículo que se trate, salvo cuando su naturaleza lo impidiere, y sin perjuicio de las disposiciones legales o reglamentarias para bienes o servicios concretos.

El productor, o en su defecto, el importador, debe garantizar frente a los compradores la existencias de un adecuado servicio técnico para los referidos bienes de carácter duradero, así como el suministro de piezas de repuesto durante un plazo mínimo de cinco años, a contar desde la fecha en que el producto deje de fabricarse. Para facilitar el ejercicio del referido derecho, el vendedor, al entregar el bien, extenderá, por cuenta del fabricante o importador, o en nombre propio, el documento de garantía, proporcionándole las instrucciones suficientes para el correcto uso e instalación del objeto, así como para la formulación de las posibles reclamaciones.

■⁴⁵ Debe tenerse presente lo dispuesto en la Ley de Daños Causados por Productos Defectuosos Ley 22/94 de 6 de Julio.

■⁴⁶ El ART. 345 del Código de Comercio dispone que en toda venta mercantil el vendedor quedará obligado a la evicción y al saneamiento en favor del comprador, salvo pacto en contrario, determinando en su art. 342 un límite de 30 días desde la entrega para que el comprador pueda reclamar contra el vendedor por los vicios internos de la cosa vendida.

C) OBLIGACIONES DEL COMPRADOR

El comprador está obligado a pagar el precio de la cosa vendida, en el tiempo y lugar fijados en el contrato (art. 1.500 primer inciso del Cc).

El precio deberá constar claramente en el contrato, fijándose la forma y condiciones del pago.

El pago del precio normalmente se hará efectivo, una vez transcurrido el periodo de prueba de forma satisfactoria. El art. 1.466 del Cc afirma que el vendedor no está obligado a entregar la cosa vendida, si el comprador no le ha pagado el precio o no se ha señalado en el contrato un plazo para el pago. Entendemos que el vendedor no podrá exigir el pago hasta que no haya conformidad en cuanto a las características y utilidades del bien objeto de la venta por el comprador.

Las peculiaridades de la compraventa informática hacen inapropiada la aplicación de este artículo o si se prefiere, exige su propia naturaleza, el establecimiento de un cierto plazo para el pago que como mínimo, vendrá a coincidir con el periodo de prueba, lo que implica en los grandes equipos, lógicamente, la previa instalación y puesta en funcionamiento.

Asimismo el adquirente de un bien informático está obligado a colaborar con el vendedor, colaboración que viene a ser la otra cara de la moneda del deber de informar y aconsejar del vendedor, debiendo seguir las instrucciones de este último en cuanto a la preparación de los locales, la utilización del bien y los cuidados que precise.

Al comprador también le interesará establecer en el contrato una serie de cláusulas sobre confidencialidad, garantías, estipulación penal en caso de incumplimiento y capacitación y formación de su personal en el manejo del bien adquirido...

CONTRATOS SOBRE EL SOFTWARE

Cuando se plantea el estudio de la contratación informática, muchas son las perspectivas, clasificaciones y estructuras sobre las que se puede trabajar, todas ellas conllevan el riesgo de acentuar la importancia de ciertos aspectos, olvidando otros, que desde el punto de vista de un determinado autor, pueden tener menor incidencia. En cualquier caso, y con independencia de otros planteamientos de indudable acierto, hemos considerado conveniente adentrarnos en un estudio global de los contratos sobre el software, haciendo hincapié en la protección que al mismo se otorga, y de la que dependerá el planteamiento, amparo y características, en cierto modo, de los distintos tipos contractuales.

Es indudable que el software es el elemento más peculiar y caracterizador de lo que hemos venido llamando contratación informática. La mayor brecha entre la contratación ordinaria y la contratación informática, la abre precisamente la especial naturaleza y regulación de la que goza el software.

El software puede ser objeto de múltiples figuras negociales, desde su creación, comercialización, instalación, modificación y mantenimiento. En este apartado haremos mención de las figuras más específicas y utilizadas en la práctica, sin que ello suponga un estudio exhaustivo de todas las que existen o pudieran existir, según vayan naciendo o modificándose las necesidades del usuario.

El Software como objeto contractual

Un primer paso indispensable para el tratamiento de los contratos sobre el software, es precisamente perfilar este concepto.

JAVIER RAMIREZ IGLESIAS⁴⁷ define el software, desde un punto de

■⁴⁷ JAVIER RAMIREZ IGLESIAS.- "El status negocial de los programas de ordenador: contratos sobre software".- Revista Informática y Derecho número 12,13, 14, y 15 Volumen II.- UNED Centro Regional de Extremadura, Mérida 1.996.

vista estricto, como esos programas que cuando se conjugan con la "máquina", son capaces de procesar información al objeto de ejecutar o alcanzar una determinada función, tarea, o resultado.

Nuestra Ley de Propiedad Intelectual, cuyo Texto Refundido fue aprobado por RD Legislativo de 12 de Abril de 1.996, núm. 1/96, define en el art. 96, a los efectos de la protección de la referida ley, como programa de ordenador, toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático, para realizar una función o una tarea o para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuere su forma de expresión o fijación.

Pero el R.D. 1/96, a los efectos de proyectar su cobertura, establece, en el segundo párrafo del mismo punto del art. 96, que la expresión "programa de ordenador" comprenderá también su documentación preparatoria. La documentación técnica y los manuales de uso de un programa gozarán de la misma protección que el Título VII del referido R.D. 1/96 dispensa a los programas de ordenador.

De esta forma, nuestro legislador se inclina por una concepción amplia de programa de ordenador, como producto de la capacidad creadora del hombre que ha de ser protegido de forma minuciosa⁴⁸.

El proceso de creación⁴⁹ del programa, parte de la idea de su autor de solventar un problema o cumplir una función. Todo programa pretende, en términos generales, dar solución a un problema circunscrito en una actividad, pudiendo tener una aplicación general para un determinado sector, o incluso para una persona en concreto. En esta primera fase, deberán establecerse los objetivos, concretando los problemas y determinando las especificaciones funcionales.

■⁴⁸ El punto segundo del artículo 1 de la derogada Ley sobre Protección Jurídica de Programas de Ordenador, incluía también dentro de la expresión programa de ordenador, la denominada documentación preparatoria.

■⁴⁹ Explicación de RACICOT sobre el proceso de creación de programas, citado por GUILLERMO OROZCO PARDO.- "Informática y Propiedad Intelectual".- Actualidad Informática Aranzadi, núm. 19.- Abril de 1.996

El analista elabora un documento que contiene una serie de funciones que el programa deberá realizar, logrando así el objetivo previsto, con la consiguiente solución del problema planteado. El análisis de esta forma, constituye el eje del futuro programa, pero aún así no son las ideas en sí mismas, objeto de protección a través de la propiedad intelectual, sino la forma de expresarlas, por lo cual, el análisis funcional no es objeto de protección⁵⁰.

Seguidamente, en el proceso de creación del programa, se procede a segregar la obra en módulos, que a su vez, se subdividen y se determinan las relaciones, los "interfaces" entre los componentes, lo que constituye la etapa de "arquitectura del programa"⁵¹.

Con posterioridad el autor determina el método de solución del problema, siendo esta fase, la de la lógica o algoritmo del programa, donde se describe gráficamente la lógica del programa por unidades interrelacionadas, que desarrollan las diferentes etapas y los flujos de datos. El autor, una vez elegido el lenguaje de programación, codifica el programa en ese lenguaje, creando el programa fuente.

El programa, en lenguaje fuente, ha de ser traducido a lenguaje objeto para que se adapte al ordenador.

El llamado lenguaje máquina suele estar compuesto por una sucesión numérica de dos valores (0 y 1), es por lo tanto un lenguaje binario, (ya que todos los dispositivos del sistema y los medios de almacenamiento de datos disponen únicamente de dos estados⁵²). El lenguaje máquina, puede asimismo estar compuesto por un lenguaje hexadecimal, formado por combinación de números y letras. En cualquier caso, las series de unidades de tales códigos se representan en

■⁵⁰ XAVIER RIBAS.- "Protección Jurídica de los Programas de Ordenador". Institute for International Research España 1.994.

■⁵¹ XAVIER RIBAS.- Obra ya citada.- conceptúa el análisis orgánico, como la fase de elaboración del programa en la que se determinan los métodos, lenguajes y sistemas operativos a utilizar, se diseña el algoritmo, se realizan los diagramas de flujo y se describen los menús y el display gráfico de las pantallas.

■⁵² JAVIER RAMIREZ IGLESIAS.- Obra ya citada

el ordenador en dos estados, como ya hemos señalado, que suponen la existencia o inexistencia de corriente eléctrica o un alto o bajo voltaje de corriente.

El programa traducido al lenguaje máquina se insertará en un soporte material, que ya puede ser leído por el ordenador, y de esta forma, llegamos al soporte físico de la obra creada por un autor.

Una vez finalizadas estas fases, se procede a la comprobación del mismo elaborándose la documentación necesaria para su utilización.

Protección Jurídica del software

La protección jurídica del software, viene determinada fundamentalmente por la Ley de Propiedad Intelectual, Texto Refundido aprobado por RD Legislativo de 12 de Abril de 1.996, núm. 1/96, que supone una importante garantía, dadas las características técnicas del software y la facilidad para vulnerar los derechos de su legítimo titular.

El referido Texto Refundido viene a sustituir y unificar la dispersa normativa que sobre esta materia y como respuesta al acuciante empuje de las nuevas necesidades, se había venido promulgando en nuestro país⁵³.

El R.D. 1/96 determina en su art. 1 que la propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica, corresponde al autor, por el solo hecho de su

■⁵³ La Disposición Derogatoria Unica de la Ley 1/96 deroga las siguiente leyes: 1) Ley 22/1987 de 11 de Noviembre, de Propiedad Intelectual; 2) Ley 20/1.992 de 7 de Julio de Modificación de la Ley 22/87 de 11 de Noviembre de Propiedad Intelectual; 3) Ley 16/1.993 de 23 de Diciembre de Incorporación al Derecho Español de la Directiva 91/250/CEE de 14 de Mayo, sobre la Protección Jurídica de Programas de Ordenador; 4) Ley 43/1.994 de 30 de Diciembre de Incorporación al Derecho Español de la Directiva 92/100/CEE de 19 de Noviembre sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual; 5) Ley 27/1.995 de 11 de Octubre de Incorporación al Derecho Español de la Directiva 93/98/CEE del Consejo, de 29 de Octubre, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines; y 6) Ley 28/1.995 de 11 de Octubre de Incorporación al Derecho Español, de la Directiva 93/83/CEE del Consejo de 27 de Septiembre sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor, en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable.

creación, considerando en su art. 5, punto primero, como autor, a la persona natural que crea alguna obra literaria, artística o científica, no obstante, dispone este mismo artículo en su punto segundo, que de la protección que esta ley concede al autor, se podrán beneficiar personas jurídicas en los casos expresamente previstos en la misma.

Concretamente, y por lo que se refiere a los programas de ordenador, la Ley, en su art. 97, considera autor a la persona o grupo de personas naturales que lo hayan creado, o a la persona jurídica que sea contemplada como titular de los derechos de autor en los casos expresamente previstos por esta ley. Cuando se trate de una obra colectiva, será considerado autor, salvo pacto en contrario, la persona natural o jurídica que la edite y divulgue bajo su nombre⁵⁵.

Cuando el programa de ordenador sea resultado de la colaboración entre varios autores, la propiedad será común, correspondiendo a todos ellos en la proporción que determinen⁵⁶.

Si el creador es trabajador asalariado y crea el programa en el ejercicio de las funciones que le han sido confiadas o siguiendo las instrucciones de su empresario, la titularidad de los derechos de explotación corresponderán exclusivamente al empresario, salvo pacto en contrario.

Exige por lo tanto el anterior supuesto, que el creador sea un trabajador asalariado, y que el programa sea fruto de su relación laboral, presumiéndose que

■⁵⁴ Uno de estos casos es el del art. 97 punto 5 para los programas de ordenador, que dice "que la protección se concederá a todas las personas naturales y jurídicas que cumplan los requisitos establecidos en esta ley para la protección de los derechos de autor.

■⁵⁵ El art. 8 del R.D. 1/96 define la obra colectiva como la creada por la iniciativa y bajo la coordinación de una persona natural o jurídica, que la edita y divulga bajo su nombre, y está constituida por la reunión de aportaciones de diferentes autores, cuya contribución se funde en una creación única y autónoma, para la cual haya sido concebida, sin que sea posible atribuir separadamente a cualquiera de ellos, un derecho sobre el conjunto de la obra realizada.

■⁵⁶ El art. 7 del R.D. 1/96, al referirse a las obras de colaboración establece en el último inciso de su punto 4, que en lo no previsto en esta Ley, se aplicarán a estas obras, las reglas establecidas en el Código Civil, para la comunidad de bienes (art. 392 y ss. Cc).

aquel cede los derechos de explotación del programa a quien le ha empleado, salvo que haga constar lo contrario en su contrato de trabajo.

Problema diferente al anteriormente planteado, se presenta en los programas realizados por encargo, para los que la Ley de Propiedad Intelectual guarda silencio, por lo que tendremos que acudir al art. 43 de la citada Ley, que regula la transmisión inter vivos de los derechos de explotación.

A pesar de todo lo dicho, el art. 100 de nuestra LPI establece que no se necesitará autorización del titular salvo disposición contractual en contrario, para la reproducción o transformación de un programa de ordenador, incluida la corrección de errores, cuando dichos actos sean necesarios para la utilización del mismo por parte del usuario legítimo, con arreglo a su finalidad propuesta, incluso la realización de una copia de seguridad por parte de quien tiene derecho a utilizar el programa, no podrá ser impedida por disposición contractual, en cuanto resulte necesaria para dicha utilización.

Asimismo, el citado art. 100 del T.R. de la Ley de Propiedad Intelectual, dentro de los límites a los derechos de explotación, faculta al usuario legítimo de la copia de un programa para estudiar o verificar su funcionamiento, sin autorización del titular, para determinar las ideas y principios implícitos en cualquier elemento del programa, estableciéndose como requisito para ello, que se haga durante cualquiera de las operaciones de carga, visualización, ejecución, transmisión o almacenamiento del programa.

Tampoco podrá el autor, salvo pacto en contrario, impedir que el cesionario titular de derechos de explotación realice o autorice la realización de versiones sucesivas de su programa y de programas derivados del mismo. No será necesaria la autorización del titular del derecho para la reproducción total o parcial, la traducción, adaptación, arreglo o cualquier otra transformación de un programa de ordenador y la reproducción de los resultados de tales actos, cuando sean indispensables para obtener la información necesaria para la interoperatividad de un programa, creado de forma independiente con otros programas, siempre que tales actos sean realizados por el usuario legítimo, o cualquier otra persona facultada para utilizar una copia del programa, o en su nombre por parte de una persona debidamente autorizada; que la información necesaria para conseguir la interoperatividad no haya sido puesta previamente de una forma fácil y rápida a disposición de las referidas personas, limitándose dichos actos a las partes del programa original que resulten necesarias para

conseguir la interoperatividad. La información así obtenida, se utilizará de forma exclusiva para conseguir la interoperatividad del programa creado de forma independiente, pudiendo comunicarse a terceros únicamente cuando sea necesario para la referida interoperatividad, no pudiéndose utilizar para el desarrollo, producción o comercialización de un programa similar en su expresión o para cualquier otro acto que infrinja el derecho de autor.

En cualquier caso estas disposiciones de nuestra LPI no podrán interpretarse de forma que perjudiquen injustificadamente los legítimos intereses del titular de los derechos o sean contrarios a la explotación normal del programa informático.

De esta forma, se recoge la idea de la Comisión de la CEE, en cuanto al fomento de la interoperatividad entre los programas, como la capacidad de los mismos para intercambiar información y utilizar mutuamente la información así intercambiada⁵⁷.

No debemos olvidar que el programa de ordenador únicamente será protegido si fuese original, aplicándose la protección prevista en la LPI a cualquier forma de expresión del mismo, extendiéndose a sus versiones sucesivas y programas derivados, excepto, lógicamente, aquellos que tengan como finalidad ocasionar efectos nocivos en un sistema informático.

Lo que indudablemente, como establece la Ley, no queda protegido por los derechos de autor, son las ideas y principios en los que se basan los elementos de un programa de ordenador.

La protección que otorga nuestra Ley diferencia la autoría de persona natural, de la de persona jurídica. En el primero de estos casos, la duración de los derechos de explotación en los términos del art. 99 del T.R., se extenderá a la vida del autor y sesenta años después, desde su muerte o declaración de fallecimiento, con las particularidades que para las obras realizadas en colaboración y las

■⁵⁷ La posibilidad de comunicarse se localiza en el interface que contiene unos protocolos de acceso que deben coincidir con los de otro programa que vaya a entrar en comunicación con él, tal como señala XAVIER RIBAS ALEJANDRO, en su ponencia "Protección Jurídica de los Programas de Ordenador", antes reseñada.

colectivas dispone el art. 28. Cuando se trate de persona jurídica, la duración de los derechos será de sesenta años a contar desde el uno de enero del año siguiente a la divulgación lícita del programa, o al de su creación si no hubiera sido divulgado.

El art. 101 posibilita la inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual, de los derechos sobre programas de ordenador, sus sucesivas versiones, y programas derivados.

La infracción de los derechos es tratada en el art. 102 del TR de la Ley, dedicándose el art. 103 a las acciones y procedimientos del titular de los derechos, con remisión al título I, Libro III, de la LPI, y concretamente al art. 137. 3^a, párrafo segundo y al art. 136.3, en relación con el art. 134.2 del referido T.R.

La protección del software viene dada fundamentalmente por la LPI, o si se prefiere, a través de los derechos de autor, pero no es la única vía que se puede utilizar. La propia LPI, en el párrafo segundo del punto 3 del art. 96, determina que cuando los programas de ordenador formen parte de una patente o modelo de utilidad, gozarán, sin perjuicio de lo que dispone esta Ley, de la protección que pudiera corresponderle por aplicación del régimen jurídico de la propiedad industrial, estableciendo el art. 114, que el contenido del Título VII dedicado a los programas de ordenador, se entenderá sin perjuicio de cualesquiera otras disposiciones legales, tales como las relativas a los derechos de patente, marcas, competencia desleal, secretos comerciales, protección de productos semiconductores o derecho de obligaciones. Obviamos la normativa general del derecho de obligaciones y contratos, cuyo estudio sobrepasaría los objetivos del presente apartado, y que no supone más que una remisión a la regulación común.

Contratos sobre el software

Muchas son las formas o criterios que la doctrina ha utilizado para la clasificación de los acuerdos comerciales que tienen por objeto al software. Se habla de esta forma, de distintos contratos según la función del software, según el grado de estandarización del mismo, por la vinculación o no del hardware con el software en el acuerdo, por la naturaleza jurídica de los acuerdos contractuales,

por las partes contratantes, o incluso, por los aspectos del contrato "librados a la negociación"⁵⁸.

Pero a pesar del indiscutible valor de todos los criterios anteriormente reseñados, creemos más conveniente hacer un breve estudio de los distintos contratos sobre el software, atendiendo a su propia vida, esto es, partiendo de su creación hasta los contratos relacionados con su utilización y mantenimiento.

De esta forma, debemos iniciar este estudio, atendiendo a la EMPRESA CREADORA DEL SOFTWARE.

Estas empresas cuentan con una plantilla de trabajadores asalariados que individualmente, o de forma colectiva, intervendrán en la elaboración del software. Asimismo las citadas empresas pueden contratar a personal ajeno a la misma, para la realización de un software concreto, e indudablemente puede existir una colaboración entre distintas empresas de software.

Antes de contratar con una empresa de software el desarrollo de un programa concreto, es posible, incluso conveniente, acudir a un **CONTRATO DE CONSULTORIA**, con el fin, tanto desde una perspectiva de arrendamiento de servicio como de arrendamiento de obra, de asegurarse un estudio previo de las necesidades y posibles soluciones del cliente en particular.

Asimismo, el consultor podrá incluir dentro de este contrato, la supervisión de la actividad que realice la empresa de software, actuando como intermediario entre cliente y desarrollador. Debe insistirse que quien requiera los servicios de una empresa de software para el desarrollo de un programa que solvente sus necesidades informáticas, no tiene por qué tener los conocimientos técnicos necesarios para un eficiente control del servicio u obra contratada, por lo que, el asesoramiento del consultor le garantizará el buen resultado de su contratación con la empresa de software.

Nada impide que la consultoría sea contratada por la propia empresa de software, para realizar alguna fase del contrato de desarrollo del software, como en la práctica ocurre con cierta habitualidad.

■⁵⁸ CORREA Y OTROS.- "Derecho Informático".

Con independencia de los servicios de consultoría que en términos generales o sobre cuestiones específicas, se pueden concertar, tanto por la empresa-cliente, como por la propia empresa de software, existe el llamado contrato de **DESARROLLO DE SOFTWARE**, por el cual se encarga a alguien técnicamente cualificado, la creación de un programa que solviente las necesidades concretas de un cliente.

Dentro de los contratos de desarrollo, se podrá acudir a un programador autónomo o a una empresa de software (que será lo más habitual), o que sean varias empresas de software las que decidan el desarrollo, de forma conjunta, de un programa.

Indudablemente, es un contrato de resultado que participa de la naturaleza del arrendamiento de obra, exigiéndose una precisión en la determinación de sus cláusulas, que en la práctica, conlleva las máximas dificultades, dado que las partes en principio, definirán el objeto de la prestación, en términos generales, quedando los criterios de calidad y conformidad, en cierto modo poco seguros, pudiendo evolucionar la necesaria colaboración entre las partes contratantes, a medida que se produce el desarrollo pactado, lo que se reflejará en la difícil redacción del documento contractual.

XAVIER LINANT DE BELLEFONDS y ALAIN HOLLANDE⁵⁹ aconsejan una particular atención en el momento de negociar estos contratos, a la solidez financiera y reputación del proveedor, dado que estos pactos, por su propia esencia, suponen una cierta duración que exige eliminar al máximo la incertidumbre de una posible extinción de la empresa de software. Indudablemente, la reputación de la empresa de software debe conllevar la imprescindible competencia intelectual y técnica que un contrato de esta envergadura exige.

Por otra parte, los citados autores advierten al cliente sobre las garantías que debe adoptar para evitar que el proveedor no considere su empresa como un área de ensayo y experimentación, prefiriéndose de manera detallada los plazos de

■⁵⁹ XAVIER LINANT DE BELLEFONDS y ALAIN HOLLANDE.- Contrats Informatiques et télématiques.- J. DELMAS et Cie.- 2ª Edición.

entrega y el pago de las prestaciones.

En esta misma línea, JAVIER RAMIREZ IGLESIAS⁶⁰ insiste en el "documento de especificaciones" como uno de los elementos esenciales en el contrato de desarrollo del software (que no suele formar parte del contrato propiamente dicho), que recogerá en detalle el objeto del contrato, conteniendo información de lo que va a realizar el software, sin entrar a determinar la forma o el modo en que lo va a llevar a cabo.

El documento de especificaciones normalmente incluirá la descripción funcional del software; la descripción del equipo en el que el software va a operar; así como las especificaciones de los sistemas operativos, los lenguajes de programación y otros programas con los que se interconectará; los informes sobre rendimiento del software; las normas de programación y documentación⁶¹.

La principal diferencia entre el contrato de desarrollo de software y el de consultoría, se centra en que el primero se dará cuando el cliente tenga unos requerimientos concretos para la creación de uno o varios programas; mientras que en la consultoría entrarán en juego un conjunto amplio de servicios solicitados, sólo alguno de los cuales serán posteriormente incluidos en el desarrollo del software⁶².

JAVIER RAMIREZ IGLESIAS, en su trabajo "El status negocial de los

■⁶⁰ JAVIER RAMIREZ IGLESIAS.- "El status negocial de los programas de ordenador. Contratos sobre software". Revista Informática y Derecho 12, 13, 14 y 15. Actas Volumen II.- UNED Centro Regional de Extremadura.- Mérida 1.996.

■⁶¹ XAVIER LINANT DE BELLEFONDS y ALAIN HOLLANDE distinguen entre las siguientes fases del análisis y realización de un programa: análisis funcional, análisis orgánico, programación e integración en tiempo real. Una vez concluido el desarrollo del programa, se procederá a la recepción del mismo que conllevará una previa recepción provisional, y la postrema recepción definitiva, en la que se manifestará la conformidad del trabajo realizado, en respuesta a la demanda formulada.

■⁶² JOSE MARIA AGUIANO JIMENEZ.- Aguiano & Asociados.- "Problemática en la contratación de desarrollo de programas a medida". Ponencia presentada en las Jornadas del Institute for International Research España S.A.- Madrid 1.995

programas de ordenador contratos sobre el software" (Obra ya citada), incluye, como caso particular de los contratos de desarrollo del software, el contrato de transformación del software, en el que partiendo de un programa preexistente, resulta un programa derivado, fruto de la modificación del primero. Dentro de éstos hace referencia a los que denomina acuerdos de migración del software, que tienen por objeto la adaptación de determinado programa de ordenador a un sistema operativo o para un tipo de ordenadores determinados, que suelen suscribirse entre las empresas creadoras del software y los fabricantes del hardware, asumiendo unos u otros, según los casos, la adaptación objeto del contrato. Por último el citado autor plantea el problema de los contratos de transformación suscritos entre el usuario del mismo y un tercero, en los que deberá atenderse a los términos del contrato de licencia en relación con los arts. 99 y 100 de nuestra LPI.

Con independencia del contrato de desarrollo del software, al que acabamos de hacer referencia, la creación de un software por una empresa o particular que se dedique a estos menesteres, tiene lógicamente y por lo que a nuestro trabajo se refiere, una proyección en el ámbito comercial.

La empresa de software, titular de los derechos sobre un programa de ordenador, pretenderá por su propia naturaleza mercantil, beneficiarse de su creación. De esta forma, acudirá a las figuras contractuales que le permitan obtener los legítimos beneficios que un bien de tan especiales características, pueda reportarle.

La empresa de software puede ceder la totalidad de los derechos de explotación de que es titular, excluyendo los derechos morales, que son irrenunciables. Si esta cesión carece de límites temporales y territoriales, con carácter exclusivo y permitiendo la negociación y cesión de los derechos de explotación a terceros, estaremos ante una figura contractual que se asemeja a la compraventa. Pero a pesar de que existen autores partidarios de calificar esta cesión de derechos como una verdadera compraventa, entendemos que nuestro sistema jurídico impide este tipo contractual, referido a los programas de ordenador, aunque hemos de reconocer que la apariencia jurídica tiende a equiparar ambas figuras.

En cualquier caso, lo habitual, es que el titular de los derechos opte por la licencia como figura contractual más típica, en este ámbito.

Con el término contrato de licencia, englobamos cualquier tipo de cesión de los derechos de explotación, si bien, ordinariamente se viene empleando para referirse a la cesión de los derechos de uso sobre el software. No obstante, podemos hablar de **LICENCIA DE DISTRIBUCION DEL SOFTWARE**, como el contrato por el que el titular de los derechos de explotación, cede los derechos de distribución del software, con el alcance y las limitaciones que en el acuerdo contractual se determine.

Nada impide que el creador del software sea quien asuma, como titular de los derechos de explotación, la distribución de los programas de ordenador, pero a menudo y por una lógica especialización de las funciones en el mercado, el creador firmará un contrato de distribución para que sea el distribuidor quien se encargue de licenciarlo al usuario final, según lo recibe, o adaptándolo a un determinado hardware.

El contrato de distribución tendrá unas características diferentes dependiendo de los distintos tipos de software, que vendrán a determinar los diversos canales de distribución y el propio contenido del contrato, en el que se deberán fijar aspectos de tal importancia, como si la licencia es en exclusiva, o no; si el distribuidor puede valerse de otros distribuidores; si se le entrega el código fuente...

Especial importancia merece el **CONTRATO DE LICENCIA DE USO DEL SOFTWARE**, por ser el más característico de los contratos sobre el software.

Por la licencia de uso, el titular de los derechos de explotación de un programa de ordenador, autoriza a otro a utilizar este programa, a cambio de una retribución, pero conservando el licenciante la propiedad del mismo, por lo que el contenido del contrato se centra en la autorización para el referido uso, sin que por regla general, se transfiera ningún otro derecho.

La cesión de uso puede ser exclusiva o no exclusiva, si bien, normalmente tendrá este último carácter, presumiéndose que la licencia se refiere exclusivamente a la satisfacción de las necesidades del propio usuario licenciatario⁶³.

■⁶³ El art. 99 de la L.P.I., en su último párrafo, establece: "..., cuando se produzca la cesión del

Si bien, en puridad, el objeto de este contrato, se limita al programa de ordenador, creemos que se debe incluir la documentación complementaria, que habrá de reflejarse en el contrato, a pesar de las dificultades que surgen en esta materia al estar dominado este ámbito contractual, por los contratos de adhesión.

Realmente el sentido de este acuerdo responde al interés de los titulares del derecho sobre el software, de mantener esta titularidad, y obtener al mismo tiempo, importantes beneficios, lo que lógicamente conllevará, como ya hemos adelantado, la no exclusividad que caracteriza a la cesión, contenido del contrato.

Todo lo anteriormente expuesto nos lleva a la obligación lógica del titular de los programas, de garantizar el derecho que le asiste, para conceder la licencia, así como que los materiales del programa carecen de defectos de diseño o fabricación⁶⁴.

De esta forma, la naturaleza del contrato de licencia se presenta con un carácter *sui generis*, que ha provocado distintas opiniones doctrinales, como la de FEDERICO TERRADO, que lo califica de arrendamiento de servicios, o la de EDUARDO RAMOS MENDEZ⁶⁵ que considera que es un contrato que sin ser propiamente, ni una compraventa, ni un arrendamiento, participa de ambas figuras negociales.

El problema de la naturaleza, a nuestro entender, se minimiza al tener una regulación perfectamente determinada por la Ley de Propiedad Intelectual, si bien consideramos muy acertadas las afirmaciones de EDUARDO RAMOS MENDEZ, al señalar esa mixtura de naturaleza.

derecho de uso de un programa de ordenador, se entenderá, salvo prueba en contrario, que dicha cesión tiene carácter no exclusivo e intransferible, presumiéndose asimismo, que lo es para satisfacer únicamente las necesidades del usuario...."

■⁶⁴ FEDERICO TERRADO SANCHEZ.- "La diversidad contractual en la generación y explotación de bases de datos".- Revista Informática y Derecho, núms. 9,10 y 11, Actas Volumen I.- UNED, Centro Regional de Extremadura, Mérida 1.996.

■⁶⁵ EDUARDO RAMOS MENDEZ, LUIS EUGENIO OLIVER y FRANCISCO EUGENIO DIAZ.- "Informática Jurídica. Educación Permanente".- UNED.

No queremos terminar, sin hacer mención a distintos tipos de licencia de uso, que concretan de esta forma, el objeto propio del contrato de licencia⁶⁶, y así puede existir una licencia de sistema, por la cual el cliente está capacitado para hacer uso del software, cuando así lo precise, en un procesador cualquiera (licencia de SISTEMA BASICA), en un ordenador perteneciente a una única clase (licencia de CLASE), o bien en un ordenador perfectamente individualizado y registrado (licencia de NODO); licencia de uso concurrente, por la cual el cliente, aún pudiendo hacer uso del software en cualquier momento, éste solo podrá ser utilizado al mismo tiempo por un número máximo de usuarios identificados; licencia temporal, mediante la que el usuario podrá utilizar el software durante un periodo determinado de tiempo; licencia runtime, en la que el cliente podrá utilizar el software, únicamente, en cuanto a sus prestaciones de ejecución, pero no en lo relativo a las prestaciones de programación.

Los referidos contratos de licencia (cuya enumeración no debe considerarse exhaustiva) presuponen un contacto directo entre el suministrador y el usuario, que conlleva una negociación más o menos amplia. Pero existe la llamada licencia de uso no personalizada⁶⁷, "shrink-wrap license", para aquellos paquetes de amplia distribución que por el gran consumo, hace que sea imposible un trato directo y personalizado entre el suministrador y el usuario final, por lo que el software se entrega dentro de un paquete sellado, en cuyo envoltorio aparece un aviso en que se concretan las condiciones de la licencia de uso. La simple fractura del sello, presupone una aceptación de dichas condiciones. Esta figura de licencia puede plantear dudas en cuanto a su validez, o cuando menos, en cuanto a la validez de alguna de sus cláusulas, lo que no impide que sea una fórmula muy habitual.

Este elenco de contratos no cubre todas las posibilidades negociales que con relación al software se presentan en la actualidad y que indudablemente podemos presumir, aparezcan en un futuro, pero en nuestra opinión, son los más característicos. A ellos añadimos otras figuras que por su complejidad e

■⁶⁶ JAVIER RAMIREZ IGLESIAS.- Obra ya citada.

■⁶⁷ XAVIER RIBAS.- "Protección Jurídica de los Programas de Ordenador".- Revista Informática y Derecho 9, 10 y 11. Actas Volumen I.- UNED Centro Regional de Extremadura.- Mérida 1.996

importancia hemos querido tratarlas en apartados específicos y que seguidamente pasamos a estudiar.

EL LEASING INFORMÁTICO

1.- Introducción.

Las necesidades empresariales de importantes inversiones en bienes de equipo y los constantes avances tecnológicos exigen al empresario grandes desembolsos de capital, y con ello la búsqueda de sistemas de financiación que permitan y racionalicen un desarrollo económico, que de otro modo se vería, o bien paralizado, o bien sujeto a unos riesgos mucho mayores de lo que la propia actividad empresarial exige.

Todo ello ha llevado a la creación de unas nuevas formas de financiación, origen de nuevos contratos, que suplan las carencias hasta ahora existentes, faciliten el tráfico jurídico y económico y con ello posibiliten un desarrollo más acorde con las necesidades actuales.

En el campo informático y ante la perspectiva de las mismas necesidades, tiene una rápida acogida, siendo cada día más utilizado⁶⁸, y adquiriendo, dentro del volumen de operaciones de las sociedades de leasing, una importancia destacada, y todo ello por ser el modo de financiación ideal para los equipos informáticos, lo que no impide grandes resistencias, e incluso negativas a la hora de financiar el software.

Todo ello hace que en el estudio del leasing informático se unan a los problemas comunes de estas operaciones, los que surgen por las características especiales del nuevo objeto financiado.

2.- Concepto y Caracteres. La operación de leasing.

Leasing o arrendamiento financiero, es definido por la Corporación

■⁶⁸ ISABELLE DE LAMBERTERIE "Contratos en Informática".- Derecho y Tecnología Informática. Mayo 1.989.

Financiera de HISPAMER⁶⁹ como "un contrato mercantil, en que una de las partes, mediante precio determinado, se obliga a adquirir una cosa cierta y ceder su uso a la otra parte, por un periodo de tiempo, al término del cual, ésta deberá devolverla, o, a su elección, comprársela por un precio adicional".

Es necesario distinguir como conceptos diferentes, la operación de leasing y el contrato de leasing.

El desarrollo de una operación de leasing supone en primer lugar que el usuario (A), necesitado de un bien, del que puede equiparle un vendedor (B), elige y conviene con éste las condiciones de su adquisición, incluyendo el precio. Una vez determinados el comprador y vendedor, el usuario solicita la intervención de una Compañía de Leasing o entidad de depósito (C), quien previo examen de la solvencia del usuario y de las características del bien a financiar, adquiere del vendedor (B) con las condiciones convenidas entre A y B, el referido bien. Pero si la Compañía de Leasing es quien adquiere la propiedad del bien, éste es entregado directamente al usuario (A), con quien la sociedad ha convenido cederle con carácter irrevocable, el uso y aprovechamiento durante un periodo de tiempo que coincidirá en principio con la vida económica del bien. Por su parte, el usuario-arrendatario se compromete a pagar a la referida sociedad de leasing, una renta que se habrá calculado para que cubra, durante la vida del contrato: la inversión de la Compañía de Leasing, los gastos financieros y el margen de beneficio.

Al finalizar el contrato de leasing, el usuario puede optar por: adquirir el bien por un precio que supone el valor residual del mismo; o devolverlo a la sociedad de leasing; o prorrogarlo por nuevo plazo y renta menor.

En la práctica, el leasing supone una operación de crédito, garantizada con una reserva de dominio⁷⁰

■⁶⁹ Corporación Financiera de HISPAMER.- Cívitas 1.991.

■⁷⁰ Fórmula de A. CHARLIER, citada por M. GIOVANOLI.- "El crédit bail (leasing) en Europe: développement et nature juridique" París 1.980.

3.- Naturaleza y Marco Normativo

La naturaleza jurídica del contrato de leasing es una materia que ha sido muy discutida por la Doctrina, si bien la tendencia mayoritaria en la actualidad coincide en su calificación de contrato complejo y mixto.

Hay quien ha considerado al leasing como una venta-arrendamiento, atemperado por una reserva de dominio, lo que vendría a encuadrarlo dentro de un arrendamiento con opción de compra.

Otra tesis, encabezada por GIOVANOLI⁷¹, asimila el leasing a un préstamo de dinero que hace el intermediario financiero al usuario, pero como señala CABANILLAS⁷², en realidad la sociedad de leasing no presta dinero al usuario, sino que con dinero de ella, compra al proveedor los bienes designados por el usuario, conserva su propiedad y los cede en uso a éste; si fuera préstamo, sigue diciendo este autor, el usuario compraría directamente los bienes.

Para otro sector doctrinal, el leasing es un contrato de compraventa a plazos con reserva de dominio, con la finalidad para el usuario de llegar a ser dueño del objeto de este contrato, al cabo de un cierto tiempo, ejercitando la opción de compra, pagando durante este periodo de tiempo un canon que lleva incorporada una parte alícuota del precio de la cosa, tesis mantenida por el Tribunal Supremo en Sentencia de 28 de Marzo de 1.978.

Entre otros, CABANILLAS⁷³ defiende la naturaleza del leasing como arrendamiento, por la cesión temporal del uso de una cosa, a cambio de una renta periódica, y al que se añade como accesorio la opción de compra (que no es exclusiva del leasing). Sin duda, el arrendamiento presta al leasing sus

■⁷¹ GIOVANOLI.- Obra ya citada.

■⁷² CABANILLAS SANCHEZ.- "La Naturaleza del leasing o arrendamiento financiero y el control de las condiciones generales", en ADC 1982, II.

■⁷³ CABANILLAS SANCHEZ.- Obra ya citada.

mecanismos, pero es precisamente su finalidad, la que los diferencia. El objetivo del leasing no es que se pague una renta por el uso de un bien, sino garantizar el reembolso por un tercero de una serie de pagos por la adquisición de un bien puesto a su disposición⁷⁴.

ISABELLE DE LAMBERTERIE⁷⁵ afirma que el leasing es ante todo una operación financiera, concebida como instrumento de crédito que busca financiar equipos de uso profesional.

Por su parte, GERARDO NIETO BRIZUELA⁷⁶ dice que el arrendamiento financiero no es otra cosa que un producto financiero destinado a sociedades, profesionales y empresarios, configurándose como un negocio mercantil complejo, de objeto exclusivo.

FERNANDO GARCIA SOLE⁷⁷ considera que a la vista de nuestra legislación, el arrendamiento financiero, debe encuadrarse como un contrato financiero propio de determinadas entidades de crédito, y distinto tanto de la compraventa a plazos, como del arrendamiento, dado que su finalidad es la estrictamente financiera de posibilitar el uso y en su caso, la adquisición de la propiedad, a cambio de un beneficio, que la ley denomina "cargas financieras"⁷⁸.

■⁷⁴ EMMANUELLE DE CANNART D'HAMALE Y GUY VANDERBERGHE.- El contrato de Leasing y la Informática.- Le droit des contrats Informatiques, principes applications.- Societé d'etudes morales, sociales et juridiques.- Namur 1.983.

■⁷⁵ ISABELLE DE LAMBERTERIE Obra ya citada.

■⁷⁶ GERARDO NIETO BRIZUELA.- Despacho Jurídico Gaudeamus.- "Cuales son los aspectos jurídicos más relevantes del arrendamiento financiero de hardware y software" Institute for International Research España S.A. Madrid Febrero 1.994.

■⁷⁷ FERNANDO GARCIA SOLE.- Obra ya citada.

■⁷⁸ La finalidad financiera, dice CABANILLAS (defensor de la naturaleza arrendaticia del leasing) simplemente determina que tenga el carácter de arrendamiento especial, pues la misma se superpone a la causa del contrato: la cesión onerosa del uso y disfrute de bienes durante el plazo estipulado.

LACRUZ BERDEJO⁷⁹ lo califica de contrato atípico, sui generis y no homologable a otro de los tradicionales, necesitado de una propia y peculiar disciplina⁸⁰.

Nuestro legislador únicamente se ha ocupado del leasing en el art. 128 de la Ley 43/1.995 de 27 de Diciembre sobre el Impuesto de Sociedades, y la Disposición Adicional Séptima de la Ley 26/88 de 29 de Julio sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito⁸¹, cuyo número primero dice: "tendrán la consideración de operaciones de arrendamiento financiero, aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad, según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de determinadas cuotas. Los bienes objeto de cesión habrán de quedar afectados por el usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios o profesionales. El contrato de arrendamiento financiero incluirá necesariamente a su término, una opción de compra, a favor del usuario"⁸².

Compartimos la crítica que hace GARCIA SOLE⁸³ a la denominación de "arrendamiento" que utiliza nuestro legislador, ya que no nos parece correcta para el contrato de leasing, que es de carácter eminentemente financiero, si bien hemos de reconocer que el término "arrendamiento financiero" está ya consagrado.

En todo caso y ante la carencia de una legislación específica suficiente, hemos de aplicar la Ley de Venta de Bienes Muebles a Plazos de 1.965 con

■⁷⁹ LACRUZ BERDEJO.- Obra ya citada.

■⁸⁰ Se inclinan también por esta teoría BROSETA, GARRIGUES Y SANCHEZ CALERO.

■⁸¹ La Disposición Derogatoria Unica de la Ley 43/1.995 en su núm. 19 establece que a la entrada en vigor de la referida Ley quedarán derogados los apartados 2, 3, 4, 5, 6 y 7 de la Disposición Adicional Séptima de la Ley 26/1.988 de 29 de Julio sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.

■⁸² Sustituye a la anterior definición del art. 19 del RDL 15/77 de 25 de Febrero.

■⁸³ GARCIA SOLE.- Obra ya citada.

carácter subsidiario⁸⁴.

4.- Elementos Contractuales del Leasing

4.A Elementos Personales

Partiendo del concepto de operación de leasing, debemos establecer como elementos intervinientes en todo el proceso que estamos estudiando, en primer lugar, al vendedor del objeto sobre el que va a recaer el arrendamiento financiero. Por otra parte, la Compañía de Leasing que tiene una función evidentemente financiera y que vincula de alguna forma al vendedor con el usuario-locatario, que ha solicitado su intervención. Es la propia naturaleza de la operación financiera la que determina la posición e interrelación de estos tres elementos personales.

4.B Objeto del Leasing

Como ya se ha señalado, el objeto del leasing es la financiación de un bien mueble o inmueble, que se verá afecto a una actividad empresarial o profesional. Concretamente en materia informática, el objeto se centrará sobre el hardware en su sentido más amplio, o sobre el software, como soporte lógico y conceptualizado como algo más que un simple programa de ordenador, y así, teniendo en cuenta las disposiciones-tipo de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), debemos considerar en el software, tanto el programa como su descripción y sus instrucciones⁸⁵.

V.- Cláusulas y condiciones generales de un contrato de leasing.

Partiendo del carácter complejo con que se presentan las operaciones de

■⁸⁴ La Sentencia de 28 de Marzo de 1.978 calificó el negocio como venta de bienes muebles a plazos y aplicó su régimen, por apreciar simulación relativa de venta bajo la apariencia formal de arrendamiento financiero, según deducía de las condiciones particulares del contrato.

■⁸⁵ FERNANDO GARCIA SOLE.- Obra ya citada.

leasing y más concretamente, atendiendo a la diferenciación ya hecha, el contrato de leasing, en la práctica, se manifiesta como contrato de adhesión. La colaboración por parte del usuario en la determinación de las cláusulas y condiciones del mismo, se reduce al máximo, limitándose en la mayoría de los casos a una simple aceptación de los modelos que la compañía de leasing le propone. Por ello, aparecen una serie de condiciones o cláusulas que, en ocasiones, pueden rayar la ilegalidad y que plantean problemas no sólo en cuanto a su aceptación, sino también en cuanto a las posibles soluciones jurídicas que pudieran adoptarse en un supuesto de incumplimiento.

En este momento, no podemos pretender hacer un estudio exhaustivo y pormenorizado de todas las cláusulas y condiciones que pudieran aparecer en un contrato de leasing, pero sí relacionar las más representativas:

- 1) Asesoramiento adecuado al usuario y devolución de los riesgos.
- 2) Entrega y Propiedad del bien objeto de leasing.
- 3) Duración y Opción de Compra.

La duración del contrato de leasing viene en principio determinada por la vida económica del bien, pero en nuestro ordenamiento no podrá ser inferior a dos años, cuando los bienes tengan carácter de muebles⁸⁶, para evitar así una amortización excesivamente acelerada. No obstante, la referida amortización puede repartirse en varios contratos de leasing a través de la subrogación contractual⁸⁷.

Pero los contratos de leasing cuentan por lo general con una cláusula que

■⁸⁶ El art. 128.2 de la Ley 43/1.995 dice que los contratos a que se refiere el apartado anterior (contratos de arrendamiento financiero), tendrán una duración mínima de dos años, cuando tengan por objeto bienes muebles y de diez años cuando tengan por objeto bienes inmuebles o establecimientos industriales. No obstante, reglamentariamente, para evitar prácticas abusivas se podrán establecer otros plazos mínimos de duración de los mismos en función de las características de los distintos bienes que puedan constituir su objeto.

■⁸⁷ GERARDO NIETO BRIZUELA.- Obra ya citada.

faculta a la compañía de leasing a poner fin al contrato anticipadamente en un cierto número de hipótesis, entre las cuales merece especial mención la del impago de rentas por parte del usuario, lo que en materia informática puede afectar a la vida de la empresa misma, cuando se refiere a todo un sistema informático.

Este derecho de rescisión se asimila por regla general a una cláusula penal, por lo que la falta de pago de algún canon, dará lugar a la resolución del contrato, y pago inmediato de los cánones no vencidos, siendo de aplicación el art. 1.152 y ss. del Cc. Debe tenerse en cuenta que la cláusula penal no puede tener carácter abusivo, en cuyo caso será de aplicación (cuando menos analógicamente) la Ley de Consumidores y Usuarios de 1.984.

Para concluir, debemos hacer referencia a la esencial cláusula de opción de compra que permite al usuario adquirir el bien financiado por su valor residual, si bien se ha venido afirmando que especialmente en materia informática, esta opción adquiere un carácter ilusorio, ya que el valor para el ejercicio de la referida opción, se establece muy por debajo del efectivo valor residual, dadas las características y rápida evolución de la materia informática. Lo que en ningún caso puede llevarnos a confundir el contrato de leasing, con la esencial cláusula de opción de compra, con el contrato de compraventa a plazos con reserva de dominio.

VI.- Leasing sobre el hardware.

Las operaciones de leasing que recaen sobre el material informático o hardware como componente de un sistema, de principio no tienen por qué plantear especialidad alguna, si bien es cierto que adquiere por su propia naturaleza, notas peculiares.

Por todo ello, reiteramos en este punto todas y cada una de las notas que venimos considerando sobre el contrato de leasing.

Unicamente queremos destacar una serie de caracteres que especifican este tipo de operaciones financieras cuando recaen sobre el hardware.

En primer lugar, ya adelantamos en su momento, que el valor residual por el que el usuario ejercita la opción de compra, al terminar el periodo por el

que se le cedió el uso del bien (característica esencial en los contratos de leasing) es "excepcionalmente bajo"⁸⁸, y ello se justifica por el rápido envejecimiento de este material. Ciertamente todo el material informático ha venido sufriendo una vertiginosa evolución que hace que lo que hoy es nuevo, mañana resulte anticuado. Esta situación hará que la opción de compra inherente a los contratos de leasing sea raramente ejercitada por el usuario, lo que supondrá un riesgo añadido para la compañía de leasing. Para evitar esta duplicidad de riesgos, la sociedad de leasing además de reducir al máximo el valor residual, incitando así al usuario a adquirir los bienes en propiedad, suele pactar la posible recompra del material con el vendedor, para el caso de que el usuario no ejercitase la tan repetida opción. Así el vendedor podrá adquirir los bienes que en su momento enajenó por el valor residual fijado en la operación de leasing.

Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que si existen limitaciones que recaigan sobre la transmisión del material informático, estas afectan al contrato de leasing, obligando a la compañía de leasing a restringir su oferta. Si el suministrador del material impusiese algún tipo de obligación que afecte al mantenimiento del mismo⁸⁹, entendemos, deberán ser asumidas por la compañía de leasing que es la única con la que el vendedor se relaciona, salvo en lo que se refiere a la elección del material por el usuario. Téngase en cuenta, que el vínculo contractual de la compraventa existe exclusivamente entre el vendedor y la compañía de leasing.

El problema que se plantea es similar a la exención de responsabilidades de la compañía de leasing respecto al saneamiento por vicios ocultos. En este caso la compañía de leasing se encargará de incluir en el clausulado del contrato de leasing, la obligación de mantenimiento a cargo del usuario, que ella en principio, no puede realizar por no tener contacto directo con el bien financiado, pero de la que sí responderá ante el vendedor. Otra solución podría ser que el usuario firmase las condiciones de transmisión asumiendo estas obligaciones, lo que quedaría reflejado de una forma expresa en dicho contrato.

■⁸⁸ GARCIA SOLE.- Obra ya citada.

■⁸⁹ Piénsese en una operación en que existe un pacto de recompra por parte del vendedor, al que lógicamente le interesa garantizar el buen estado del bien.

En cualquier caso, es lógico imaginar que el leasing no recaiga sobre elementos materiales aislados, sino que se contrate sobre un sistema informático en general, en que la evolución de los distintos elementos será diferente, lo que lleva a mezclar componentes comprados y alquilados, por lo que el usuario procurará agrupar distintos contratos que expirarán, a ser posible en el mismo momento y con la misma compañía de leasing⁹⁰.

Lo cierto es que los verdaderos problemas del leasing informático se centran en el leasing sobre el software, o si se prefiere, en la parte inmaterial del sistema, que pasamos a exponer.

VII.- Leasing sobre el software.

Partiendo de un concepto amplio de software que incluye, no sólo los programas de ordenador, sino también sus instrucciones, descripciones, documentación auxiliar, etc...⁹¹, debemos poner de manifiesto que si bien jurídicamente puede reconducirse el contrato de leasing a su aplicación sobre el software, no es esta operación el procedimiento más adecuado para su financiación.

Se plantean así, múltiples problemas que requerirán un importante esfuerzo para encontrar soluciones que puedan encuadrarse en este tipo de operaciones, llevándonos a planteamientos que suponen una excesiva laxitud de la propia estructura del leasing.

Como señala GERARDO NIETO BRIZUELA⁹², el leasing sobre el software, suscita amplias dificultades que exigen una solución a través del "condicionado" que se pacte entre el proveedor y la entidad de crédito que realiza la operación de leasing, llegando a drásticas consecuencias que harán muy infrecuentes este tipo de operaciones. Este mismo autor señala la posible

■⁹⁰ ENMANUEL DE CANNART D'HAMALE y GUY VANDENBERGHE.- Obra ya citada

■⁹¹ Concepto global del software expuesto por el Profesor GARCIA SOLE partiendo de las disposiciones-tipo de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)

■⁹² GERARDO NIETO BRIZUELA.- Obra ya citada.

situación de que el usuario no cumpla sus obligaciones financieras, lo que llevaría a la compañía de leasing a optar por la resolución del contrato o exigir el cumplimiento del mismo mediante el vencimiento anticipado, sobre la base del art. 1.124 del Cc. En cualquiera de ambos supuestos, la solución chocará con los derechos que por ley, corresponden al titular del software, lo que llevará a la compañía de leasing a negar una financiación del mismo, contratar exclusivamente con empresa de absoluta solvencia, o a exigir al proveedor compromisos de recompra del bien en el precio de la inversión pendiente de recuperar por parte de la empresa financiadora.

ENMANUEL DE CANNART D'HAMALE y GUY VANDENBERGHE⁹³ consideran que es dudoso que el software pueda ser objeto de una operación de leasing de una forma independiente del hardware, al que pudiera ir unido. Los citados autores parten de los propios requisitos de una operación de leasing para cuestionar la viabilidad del arrendamiento financiero sobre el software, señalando que éste, al ser un bien incorporal, es difícil equipararlo a los bienes de equipo.

Por otra parte, no se debe olvidar que el software no puede ser objeto de compraventa, sino de mera licencia de uso, en la que se transfiere un derecho limitado o ilimitado, pero normalmente intransferible, por lo que en una operación de leasing, el software se encontrará excluido, tanto por no poder ser comprado, como por no poder ser cedido.

A ello se unen las dificultades que supone la estimación del valor residual del software a los efectos de ejecutar la opción de compra intrínseca en toda operación de leasing, teniendo en cuenta que dado lo rápidamente que evoluciona y se transforma, su valoración no puede limitarse al coste de fabricación ni incluso al de adquisición.

Por todo ello, los referidos autores deducen que el software no puede ser objeto de leasing, y así la financiación y puesta a disposición del mismo, deberá interpretarse como un contrato de licencia o sublicencia. El titular del citado software, se presumirá que admite esta licencia o sublicencia desde el momento en que la compañía de leasing le informa que la licencia de uso por ella adquirida, forma parte de un contrato de leasing.

■⁹³ ENMANUEL DE CANNART D'HAMALE y GUY VANDENBERGHE.- Obra ya citada.

En definitiva, y dado que lo más habitual será la negociación sobre un sistema informático y no sobre sus componentes independientemente, la respuesta a la posibilidad de concertar una operación de leasing, sería negativa, pues en realidad estaríamos ante un leasing sobre el hardware, unido a un contrato de licencia o sublicencia sobre el software.

Pero hay importantes sectores doctrinales que admiten, sin ningún género de dudas, la posibilidad de una operación de leasing sobre el software. Así el Profesor GARCIA SOLE⁹⁴, parte de la distinción entre software de base o de sistema, software útil, y software específico y de aplicación.

El primero de ellos es el que aparece unido al hardware y que no plantea problema alguno, dado que la operación de leasing lo incorporará como parte del ordenador.

Por lo que se refiere al software útil, que es el creado para un sector determinado, y que puede ser aprovechado por un número más o menos amplio de usuarios, debe plantearse la posibilidad de realizar una operación de leasing sobre los derechos de explotación o sobre la licencia de uso. En el primero de estos supuestos, el usuario encargará a la compañía de leasing que adquiera los derechos de explotación y se los ceda en régimen de arrendamiento financiero, explotándolos éste durante un tiempo determinado, pudiendo ejercitar la opción de compra, convirtiéndose así en titular de los derechos de explotación, o no, pudiendo, en este segundo caso, la compañía de leasing, concertar con otros usuarios diferentes operaciones de leasing, o negociarlas directamente. Para todo ello, se requerirá el consentimiento del titular del software, de forma expresa o tácita.

Por lo que se refiere al leasing sobre la licencia de uso del software, normalmente serán las propias casas comercializadoras de los programas de ordenador, las que explotarán por sí mismas los contratos que crean. Si bien, y dado que se permite el arrendamiento de los mismos, no parece haber ningún inconveniente jurídico para su admisión como objeto de la operación de leasing.

■⁹⁴ GARCIA SOLE.- Obra ya citada

CAMINO DE MIGUEL⁹⁵ admite la posibilidad de este acuerdo financiero, sobre la base de que la compañía de leasing, al adquirir la licencia de uso, adquiere un derecho de usufructo de la misma.

En cualquier caso GARCIA SOLE destaca la necesidad de que aunque se admita que el usufructo es la figura en la que encajar la relación para la formalización de una operación de leasing sobre el software, es necesario que haya sido autorizada la compañía de leasing por el titular del derecho de explotación, de una forma tácita o expresa, teniendo en cuenta que hay una presunción iuris tantum de que la cesión del uso es intransferible, lo que hará que la solución más habitual sea un pacto tripartito entre el titular del derecho de explotación, el usuario, y la compañía de leasing.

Por último este mismo autor estudia el leasing de elaboración de un programa informático o específico para un usuario. En este supuesto se pactará en el contrato de elaboración una cesión de los derechos de explotación en exclusiva a la empresa contratante. Aquí la compañía de leasing encargará la elaboración del programa y será la titular de los derechos de explotación del mismo. Una vez elaborado el mencionado programa, lo cederá en régimen de arrendamiento financiero, con la correspondiente autorización de quien lo elaboró, debiéndose pactar en estos casos minuciosamente las condiciones de la esencial opción de compra.

Con todo lo dicho, no podemos por menos que manifestar que si bien cabría la posibilidad jurídica de realizar una operación de leasing sobre el software, no parece que sea este el procedimiento más adecuado para obtener la financiación requerida por profesionales y empresas en cuanto al referido objeto. No existe, en nuestra opinión, ningún inconveniente jurídico insalvable para admitir la viabilidad de esta operación, si bien los requisitos, estructura y características de este tipo contractual y del software como objeto del mismo, parecen no coordinarse de una manera óptima.

CONTRATO DE MANTENIMIENTO.

1).- CONCEPTO Y NATURALEZA.

■⁹⁵ JOSE RAMON CAMINO DE MIGUEL.- "El Leasing de los Programas de Ordenador".- La LEY 1.989

Uno de los contratos más característicos del mundo informático es precisamente el de mantenimiento. En él se reúnen y destacan las notas más específicas del entorno negocial referido a la Informática. Cuando se ha instalado un sistema informático, se ha adquirido un hardware, se ha celebrado un contrato de licencia, de arrendamiento..., una de las partes cuya característica tantas veces mencionada, es el desconocimiento técnico del complejo mundo de la informática y sus procesos, se encuentra dependiendo del óptimo funcionamiento de sus instalaciones informáticas para que su vida negocial sea próspera y beneficiosa. Así, un servicio de mantenimiento que optimice los recursos informáticos, se hace imprescindible.

La paralización de una empresa por un defectuoso funcionamiento de su sistema informático, produciría enormes pérdidas que pueden llegar a ser irreparables, por lo que el empresario ha de contar con un servicio que prevenga este evento o lo corrija en caso de que se produzca.

La complejidad de todo un sistema exigirá que este mantenimiento se extienda tanto al hardware como al software, presentando así este contrato múltiples facetas, posibilidades y versiones.

EMILIO DEL PESO define el contrato de mantenimiento como aquel que se pacta para asegurar la perfecta utilización del bien adquirido, realizar las adaptaciones que sean precisas según las circunstancias e introducir mejoras que se consideren oportunas⁹⁶.

MIGUEL ANGEL DAVARA, sin embargo no incluye dentro de los contratos de mantenimiento, la actualización de los programas o la implantación en los mismos de nuevas rutinas que permitan potenciar su utilidad⁹⁷.

■⁹⁶ EMILIO DEL PESO NAVARRO.- "Cómo analizar los aspectos jurídicos y técnicos más importantes en el contrato de mantenimiento para conseguir el máximo rendimiento de la relación cliente proveedor" Institute for International Research España S.A. III Jornadas sobre contratos Informáticos.

■⁹⁷ MIGUEL ANGEL DAVARA Derecho Informático. Aranzadi 1.993.

Pero a pesar de ello, los conceptos dados por la Doctrina del contrato de mantenimiento, tienden a mostrar un carácter más amplio y englobador de diversas actividades, no limitándose a un simple mantenimiento del sistema.

XAVIER LINANT DE BELLEFONDS y ALAIN HOLLANDE⁹⁸ afirman que el contrato de mantenimiento puede tener diversas causas que no pueden reducirse a un esquema único, como son: el envejecimiento del sistema, programas mejores que van apareciendo en el mercado, evolución del equipo complementario del sistema, elementos externos...

Asimismo ALBERTO MARCHILI⁹⁹ considera que el contrato de mantenimiento es un acuerdo bilateral por el cual una parte, el proveedor, se obliga en forma independiente a mantener en buenas condiciones de funcionamiento, el equipo físico o lógico, indicado por la otra parte, el usuario, que a su vez se obliga a pagar un precio.

En definitiva, serían muchas y muy variadas las definiciones que se podían aportar del contrato de mantenimiento, y considerando la gran variedad de aspectos y matices que pueden tener estas formas negociales, creemos suficiente para conceptuar esta figura, afirmar que el contrato de mantenimiento consiste en el acuerdo de voluntad dirigido a conseguir la optimización de los recursos informáticos, evitando errores, corrigiendo los existentes, realizando las adaptaciones y mejoras impuestas por la evolución técnica y jurídica.

Pero a pesar de lo ya señalado, la forma en que ha evolucionado este contrato nos muestra cómo en un principio, no se consideraba su existencia, por ser algo que iba esencialmente unido a otro contrato, como podía ser el de adquisición de un hardware.

Posteriormente aparecieron las cláusulas de mantenimiento que hoy persisten, haciendo que este contrato no fuera más que una parte de otro principal.

■⁹⁸ XAVIER LINANT DE BELLEFONDS y ALAIN HOLLANDE *Contratos Informáticos y Telemáticos. El mantenimiento Informático. 2ª Edición* J. DELMAS et Cie.

■⁹⁹ ALBERTO MARCHILI.- *El Contrato de mantenimiento. Agora* núm. 6 1983/2.

El paso siguiente supondría la consideración de estos tipos negociales como contratos accesorios o coligados a otros.

En la actualidad, sin embargo, hay una clara tendencia a concertar el mantenimiento como contrato independiente, pues de esta forma los riesgos, responsabilidades, cumplimientos defectuosos o incumplimientos, se diversifican y especifican para cada relación contractual.

NATURALEZA JURIDICA

La cuestión de la naturaleza jurídica de este contrato ha sido ampliamente tratada por la doctrina, al prestarse a las más variadas interpretaciones.

MARCHILI¹⁰⁰ no es partidario de hablar de atipicidad de los contratos de mantenimiento, ya que considera que pueden localizarse bajo diversas fórmulas contractuales típicas, como el arrendamiento de servicios.

FEDERICO TERRADO SANCHEZ¹⁰¹ entiende que estamos en presencia de una figura contractual perteneciente a la amplia categoría de contratos de arrendamiento de servicios, de los denominados contratos de engineering, en los que se cuidan muy especialmente las condiciones de cada servicio y los aspectos relativos a la responsabilidad de la empresa de servicios por incumplimiento defectuoso de sus prestaciones o no haberlas realizado en los tiempos convenidos.

MARIA DEL CARMEN GETE-ALONSO Y CALERA¹⁰² considera al contrato de mantenimiento como un arrendamiento de obra que comporta una obligación de medios, línea que sigue EMILIO DEL PESO NAVARRO¹⁰³.

■¹⁰⁰ MARCHILI.- Obra ya citada.

■¹⁰¹ FEDERICO TERRADO SANCHEZ.- "La diversidad contractual en la generación y explotación de bases de datos".- Ponencia presentada al II Congreso Internacional de Informática y Derecho. Revista Informática y Derecho Volúmenes 9, 10 y 11, UNED MERIDA 1.996.

■¹⁰² MARIA DEL CARMEN GETE-ALONSO Y CALERA.- "La contratación en materia informática".- LA LEY núm. 3005.- Mayo 1.992

■¹⁰³ El art. 1.588 del Código Civil dispone que puede contratarse la ejecución de una obra,

Las opiniones anteriormente expuestas, vienen a identificar la naturaleza de este contrato, o bien con el arrendamiento de servicios o bien con el arrendamiento de obra, lo que supone optar entre contratar una prestación, o un resultado.

Considerado el contrato de mantenimiento como arrendamiento de obra, una de las partes (la empresa de mantenimiento) se obligará a ejecutar un trabajo predeterminado, según las prescripciones contractuales y las reglas de su "arte", en un plazo concreto. Desde este punto de vista, el mantenimiento no supondrá prestar un servicio con independencia del posible resultado, sino que el objeto de este contrato sería precisamente dicho resultado.

Pero el problema de considerarlo como contrato de arrendamiento de obra, es la previa fijación del trabajo a realizar. Realmente un software de mediana entidad nunca está exento de errores y si no se ha determinado previamente el alcance del mantenimiento, el resultado pactado se encontraría con un defecto de indefinición apriorístico que podía dar lugar a una exoneración de responsabilidades.

El problema se agravará si la empresa de mantenimiento es la misma que ha proporcionado el sistema informático, comprometiéndose a hacer los análisis conceptuales y funcionales del software.

De considerarlo un arrendamiento de servicios, como hace CARLOS PEREZ SANZ¹⁰⁴, nos encontramos con el problema de colocar al usuario en una situación de desprotección al contratar exclusivamente la prestación de una actividad que podrá fijarse por horas de trabajo, días de visita..., sin que se le imponga ningún resultado eficiente a la labor del mantenedor.

Podría obtenerse una solución más equitativa y favorable para ambas

conviniendo en que el que la ejecute ponga solamente su trabajo o industria, o también suministre el material.

■¹⁰⁴ CARLOS PEREZ SANZ.- "Cómo gestionar eficazmente los contratos de asistencia y mantenimiento del sistema informático".- Ribas y Rodríguez Abogados Asociados.- 1.992.- INSTITUTE FOR INTERNATIONAL RESEARCH ESPAÑA Madrid 1.994.

posiciones contractuales: orientar el mantenimiento como un contrato que participe de la naturaleza del arrendamiento de servicios y del de obra, en el sentido de no poder exigir un resultado que pudiera tornarse inalcanzable o que fuera difícil de precisar en un principio, pero tampoco dejar al arbitrio de una de las partes, considerar realizadas sus obligaciones por un mero ejercicio infructuoso. Así podemos considerar el contrato de mantenimiento como contrato de servicios, si bien, en su perfeccionamiento, deberán establecerse unos básicos resultados de funcionamiento que muestren, prima facie, el cumplimiento verdadero del mantenimiento.

2) LA RECEPCION DE UN SISTEMA INFORMATICO, LAS GARANTIAS LEGALES Y CONVENCIONALES Y EL MANTENIMIENTO.

La complejidad de los sistemas informáticos y en general de toda la materia informática en su aspecto contractual, hace imposible la simplificación de las posturas en cuanto a la recepción de los bienes informáticos, su buen funcionamiento, su óptimo rendimiento, y por ende, la satisfacción del destinatario del producto.

El proveedor de un bien informático tiene que responder del producto que ofrece y entrega. Las limitaciones de su responsabilidad, no impiden que existan unas garantías legales y que en numerosas ocasiones, se pacten otras convencionales que aseguren un cumplimiento contractual satisfactorio, aún cuando sólo sea eso.

Todo ello, insistimos, no eclipsa la importancia de un contrato de mantenimiento, ni tan siquiera sustituye su utilidad. Los momentos contractuales en que actúan las reparaciones previas a la recepción y las garantías legales o convencionales, deben estar perfectamente diferenciados en el proceso contractual y con ello, en el tiempo.

No podemos entender que la entrega de un sistema informático concebido como una globalidad, sea jurídicamente sinónimo de recepción.

Para que se produzca esta recepción, es imprescindible haber llegado a la aprobación, que requerirá normalmente como fase previa, la entrega del producto informático. La doctrina distingue tres etapas, una vez concluida la obra: a) la verificación de la obra, que supone un examen para determinar si se ha ejecutado

de acuerdo con lo convenido; b) la aprobación que consiste en el juicio resultado de la verificación y que implicará la obligación de aceptar en caso de ser de signo positivo; c) y por último, la recepción, consecuencia de la puesta a disposición del suministrador y la aprobación por el cliente¹⁰⁵.

Cuando la obra sea de una gran complejidad, o si se prefiere, el producto informático suministrado tenga esas complejas características, su examen para verificar si cumple realmente lo solicitado, no puede darse simultáneamente con su entrega, por lo que se llega a una dualidad de recepciones, entre las que mediará el tiempo que prudencialmente se estime para realizar el imprescindible examen de verificación.

La recepción provisional no cubre ninguna clase de defectos, siendo su finalidad únicamente descubrirlos. Una vez transcurrido el plazo entre la recepción provisional y la definitiva, de no haberse denunciado ninguna irregularidad, la recepción, propiamente dicha, se habrá producido.

Si bien nuestro sistema contractual es consensual, esto es, los contratos se entienden perfeccionados por el mero consentimiento, no se entenderá pagada una deuda (art. 1.157 del Cc), en el sentido más amplio que puede darse a esta expresión, sino cuando completamente se hubiera entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía, con lo que, en tanto no se haya cumplido con la obligación asumida en el contrato, el suministrador informático, sea por el título que fuere, seguirá obligado, salvo caso fortuito o fuerza mayor, a entregar aquello a que se comprometió, con todas sus características.

Si el objeto contractual adoleciese de algún error o vicio, tendrá aquel que corregirlo, no por una obligación de saneamiento de vicios ocultos, sino por la obligación de cumplir con la prestación contractual a que se obligó al prestar el consentimiento.

Una vez que la recepción es definitiva, esto es, el cliente ha comprobado

■¹⁰⁵ RICARDO ENRIQUEZ SANCHEZ, CARMELO MADRIGAL GARCIA.- Derecho Civil Obligaciones y Contratos, Vol. V.- Centro de oposiciones Paseo de Juan XXIII, 3, MADRID 1.985.

satisfactoriamente el producto, pueden manifestarse vicios ocultos que no percibió en su examen previo, siendo aquí donde comienza la actuación de la garantía legal.

El art. 1.484 del Código Civil establece que el vendedor está obligado al saneamiento por los defectos ocultos que tuviere la cosa vendida, si la hacen impropia para el uso a que se la destina, o si disminuyen de tal modo este uso que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella; pero no será responsable de los defectos manifiestos o que estuvieran a la vista, ni tampoco de los que no lo estén, si el comprador es un perito que, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente conocerlos.

A tenor de esta disposición legal, si el bien, a pesar de haber transcurrido la recepción provisional y la definitiva sin haberse detectado ningún defecto, no sirviese para el uso a que debía ser destinado, el suministrador deberá proceder a su reparación.

Entendemos que no es de aplicación el art. 1.486 de este mismo cuerpo legal que permite al comprador elegir entre desistir del contrato, abonándosele los gastos que pagó, o rebajar una cantidad proporcional del precio a juicio de peritos, dado que un sistema informático sirve para las funciones que se pretenden, o es ineficaz para las mismas, siendo más lógico que rebajar su precio, optar por su reparación, sin perjuicio de, si es imposible esta reparación, resolver el contrato.

La materia informática, como objeto de los contratos, tiene como característica general, la tan repetida complejidad y especialidad técnica que hacen que el que adquiere el sistema, no pueda conocer los defectos de que adolezca el mismo, lo que le hará acudir a un Perito. Pero aún así, consideramos que precisamente las características de estos bienes y servicios hacen inaplicable el último inciso del art. 1.484 del Cc, que exonera de responsabilidad al vendedor.

Nuestro propio Código Civil abre las puertas a unas garantías convencionales e incluso a la desaparición de toda responsabilidad, al establecer en el art. 1.485, inciso 2º, que esta disposición no regirá cuando se haya estipulado lo contrario y el vendedor ignorara los vicios o defectos ocultos de lo vendido.

En un gran número de contratos, señala ISABELLE DE

LAMBERTERIE¹⁰⁶ el proveedor garantiza el buen funcionamiento del sistema durante un tiempo limitado, lo que supone un paso adelante con relación a la simple garantía legal, encontrándose también cláusulas que condicionan, limitan o excluyen la responsabilidad del proveedor.

Por regla general, las garantías convencionales son de naturaleza gratuita, aseguran el buen funcionamiento del sistema en plazos más amplios que las garantías legales y transforman lo que era una sanción, en una obligación, evitando de alguna forma, acudir a los tribunales o a soluciones arbitrales que dilatarían una rápida respuesta; dicha rapidez de respuesta lógicamente se dará si el garante la ha asumido expresamente y no es necesario discutir la procedencia o no de la corrección de un supuesto error, por mandato legal.

Con independencia de estas obligaciones y garantías del suministrador de un sistema informático, en el contrato de suministro se puede estipular una cláusula de mantenimiento o bien celebrar un contrato con la misma finalidad y totalmente independiente.

Este mantenimiento cualquiera que sea su alcance, tiene una naturaleza jurídica y una razón de ser diferente a las garantías reseñadas. Su cobertura va más allá en el concepto y en el tiempo, con las garantías específicas y modalidades que le colocan en un puesto clave dentro de la contratación informática.

3) TIPOS Y GRADOS DE MANTENIMIENTO

Las clasificaciones que la Doctrina hace de los tipos y formas de mantenimiento, son muy numerosas y atienden a una multiplicidad de criterios.

En primer lugar, podemos diferenciar entre lo que podríamos denominar mantenimiento autónomo y no autónomo, desde una perspectiva contractual. Así el cliente puede perfeccionar su contrato de mantenimiento, cualquiera que sea su objeto, con independencia de cualquier otro contrato; o puede también incluir este servicio de mantenimiento como cláusula o anexo de un contrato principal, del que dependerá directamente.

■¹⁰⁶ ISABELLE DE LAMBERTERIE.- "Contratos en Informática. Derecho y Tecnología Informática. Mayo 1.989.

EMILIO DEL PESO NAVARRO¹⁰⁷ distingue entre el mantenimiento del hardware, del software y consultoría.

Este mismo autor, siguiendo a E.B. SWANSON¹⁰⁸ diferencia entre mantenimiento **correctivo**, que tiende a la corrección de errores una vez transcurrido el periodo de garantía; mantenimiento de **adaptación** que supone la modificación del software en función de los cambios legales o de otro tipo que aparezcan; **perfectivo**, que son las mejoras que se realizan debido a las recomendaciones de los usuarios; y **preventivo**, modificaciones que se realizan al objeto, que pueden servir de base a nuevas mejoras.

Otro criterio clasificatorio será el del lugar de realización del servicio de mantenimiento que podrá prestarse: en el domicilio del cliente o en el del proveedor del servicio. En este último caso, si bien resulta en principio menos oneroso para el cliente, supone un mayor tiempo de indisponibilidad del sistema, pudiendo contratarse para software y para hardware, aunque es más habitual en el primero de los casos.

Existen varios métodos de asistencia en el domicilio del proveedor como la telefónica "on line" (a través de un centro de asistencia organizado en los locales del fabricante-proveedor)¹⁰⁹...

El mantenimiento puede producirse también, como hemos señalado, en el domicilio del cliente, con desplazamiento de personal, que supone menor indisponibilidad del sistema dependiendo de la rapidez con que acude el proveedor, aunque resulta más oneroso.

■¹⁰⁷ EMILIO DEL PESO NAVARRO.- Obra ya citada.

■¹⁰⁸ E.B. SWANSON The dimensions of maintenance proce 2nd Int. Conf Software Engineering IEE Octubre 1.996.

■¹⁰⁹ XAVIER LINANT DE BELLEFONDS y ALAIN HOLLANDE distinguen entre el mantenimiento en el domicilio del proveedor del servicio y el telemantenimiento que según estos autores, se realiza en el domicilio del cliente, sin desplazamiento de personal, pudiendo ser por asistencia telefónica, telemantenimiento automático periódico, por programas de control o telemantenimiento por acceso a un sistema experto.

Por la persona que realiza el servicio de mantenimiento, podemos hablar de mantenimiento directo, entendido como aquel en que el servicio lo presta el fabricante o creador del bien informático que se trata de adaptar, corregir o controlar; mantenimiento por tercero, en el que aparece una tercera persona, diferente a la que une a los contratantes del hardware o del software; o la solución intermedia, en la que una sociedad se interpone entre el usuario y el fabricante, que negociará las tasas de intervención y efectuará sobre un principio idéntico al del seguro, una evaluación de riesgos, que permite reducir el número de intervenciones.

El usuario de esta forma, paga una renta generalmente mensual a la sociedad intermedia, pero acude al fabricante en caso de avería y éste último factura a la antedicha sociedad¹¹⁰.

4) GRADOS DEL MANTENIMIENTO

Las acciones del mantenimiento tendrán diverso contenido, dependiendo de su referencia al hardware, al software, al personal o incluso al entorno.

La prestación de un servicio, no será lo mismo si estamos ante un simple mantenimiento correctivo o una adaptación completa a las nuevas condiciones surgidas, lo que ha llevado a la Doctrina a establecer cinco grados de mantenimiento, que van desde un servicio sumario a un mantenimiento completo.

Se habla así de¹¹¹:

1.- Primer grado que supone las correcciones más simples o el cambio de elementos consumibles.

2.- Segundo grado que se traduce en el intercambio de ciertos elementos modulares.

■ ¹¹⁰ XAVIER LINANTE DE BELLEFONDS y ALAIN HOLLANDE.- Obra ya citada.

■ ¹¹¹ ISABEL HERNANDO y XAVIER LINANT DE BELLEFONDS y ALAIN HOLLANDE.- Obras ya citadas.

3.- Tercer grado que supone la realización de una serie de pruebas generales para la identificación de los errores acaecidos o de probable aparición.

4.- Cuarto Grado que consiste en un análisis general que puede llevar a la reforma del equipo.

5.- Quinto grado que implica la reestructuración de uno o varios elementos del sistema.

Los tres primeros se realizarán en los locales del cliente, acudiendo a los talleres o al domicilio del fabricante para los dos últimos.

5) ELEMENTOS PERSONALES Y REALES DEL MANTENIMIENTO.

El servicio de mantenimiento puede pactarse dentro de un contrato principal del que forma parte como cláusula más o menos desarrollada, o como anexo; o bien como contrato independiente, lo que no impide que los elementos personales que intervienen en este pacto puedan ser coincidentes en ambos casos.

De una parte, está el usuario o cliente que es quien, poseedor de un bien informático, requiere un servicio de mantenimiento con la amplitud y características específicas que su situación precisa, pudiendo pactarse cualquiera de las modalidades de mantenimiento a que hemos hecho referencia en el epígrafe anterior. Por otra parte existe un "mantenedor" que es quien se obliga a realizar las prestaciones que el pacto de mantenimiento contenga.

Si el mantenimiento se pactó como anexo o cláusula del contrato firmado con un proveedor, éste asume las obligaciones que acuerden y que no deben confundirse con las garantías legales o contractuales tratadas en su momento. En este supuesto, el proveedor además se compromete a mantener el bien informático objeto del contrato principal.

De la misma forma el cliente puede pactar el servicio de mantenimiento como contrato independiente con el mismo proveedor y por supuesto con un tercero que cumple las características técnicas que requiere la prestación objeto del mismo.

A su vez es posible que en el servicio de mantenimiento intervenga una empresa intermedia entre el cliente y el fabricante-proveedor. En este supuesto nos encontramos con un doble contrato entre la sociedad intermedia y el fabricante y otro entre la citada sociedad y el cliente, pudiendo también optar por un contrato a tres bandas.

En cualquiera de los casos, como señala CARLOS PEREZ SANZ¹¹² la empresa que presta el servicio de mantenimiento accede a unos importantísimos datos del cliente, cuya divulgación puede causarle grandes perjuicios, por lo que la confidencialidad se presenta en este negocio jurídico como un elemento imprescindible que hará que en muchos casos el cliente quiera asegurarse que tanto la empresa informática como su personal, guardan el debido secreto, firmándose un pacto de confidencialidad.

El servicio de mantenimiento puede realizarse por el propio personal de la empresa del usuario, lo que quedaría fuera del ámbito contractual y exigiría un potencial económico y técnico importantísimo por parte de éste y una muy cualificada preparación de sus empleados, lo que hace a esta solución inaplicable en la mayoría de los casos.

OBJETO DEL CONTRATO

Es imprescindible establecer de una forma clara en el mantenimiento, las prestaciones que se contratan, siendo el contenido del mismo diferente según la clase de mantenimiento que se precise y el tipo de usuario que lo requieran. El mantenimiento puede recaer sobre el hardware, sobre el software, o sobre ambos. Si bien el mantenimiento del hardware ha sido el más empleado, en la actualidad tiende a imponerse o bien el del software, o bien el conjunto de hardware y software.

Se prefiere por razones económicas, tener unidades de reemplazo y requerir su reparación en un momento determinado, antes que sufrir el coste de contratar un mantenimiento constante.

■¹¹² CARLOS PEREZ SANZ.- Obra ya citada.

Cuando el contrato de mantenimiento recae sobre el software, debe tenerse en cuenta, que estamos en presencia de un bien inmaterial¹¹³ que caracteriza de forma diferente respecto a aquellos contratos que versan sobre bienes materiales.

Un bien inmaterial es según EDUARDO GALAN¹¹⁴ fruto o creación de la mente que necesita para que se haga perceptible para el mundo exterior, ser plasmado en un soporte y que puede ser disfrutado simultáneamente por una pluralidad de personas.

De esta forma XAVIER LINANT y ALAIN HOLLANDE¹¹⁵ afirman que las operaciones de mantenimiento son bastante corrientes cuando se trata del hardware, llegando a considerar como una "ficción terminológica" el mantenimiento del software. Los referidos autores estiman que es posible intervenir en un software para corregir errores (intervenciones que normalmente se realizan en el periodo de puesta a punto y por lo tanto quedan excluidas del mantenimiento) y para adaptarlo a unas nuevas condiciones (tampoco se trata de mantenimiento sino de desarrollo parcial), concibiendo sólo el mantenimiento del software como accesorio del mantenimiento del hardware.

Observamos cómo los contratos que tienen por objeto el software, revisten unas características propias que deben ser tratadas con un cuidado exquisito y que nos obligan a remitirnos a una legislación específica. De esta forma, debemos acudir al Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, Real Decreto Legislativo de 12 de Abril de 1.996, núm. 1/96 que establece una serie de actos sujetos a restricciones y límites a los derechos de explotación, que afectan o pueden afectar al contrato de mantenimiento.

El art. 99 del TR de la LPI dispone el contenido de los derechos de explotación en el mismo sentido que establecía el derogado art. 4 de la Ley 16/93

■¹¹³ EMILIO DEL PESO NAVARRO.- Obra ya citada.

■¹¹⁴ EDUARDO GALAN Rapport Espagnol. Les Logiciels. Revista ALI núm. 12 Nov. 1.989, citado por EMILIO DEL PESO en la obra antes señalada.

■¹¹⁵ XAVIER LINANT DE BELLEFONDS y ALAIN HOLLANDE.- Obra ya citada.

sobre Protección Jurídica de Programas de Ordenador¹¹⁶.

El art. 100 del TR 1/96 establece asimismo los límites a los derechos de explotación, reproduciendo en su punto primero el contenido de los artículos 5 y 6 de la derogada Ley 16/93.

Debemos destacar el punto 7 del art. 100 del TR 1/96 en el que se dice que las disposiciones referentes a la dispensa de autorización del titular para obtener la información necesaria para la interoperatividad de programas, no pueden interpretarse de manera que permitan que su aplicación perjudique de forma injustificada los legítimos intereses del titular de los derechos o sea contraria a una explotación normal del programa informático.

La prestación del servicio por el mantenedor, requerirá que tanto el software como el hardware, estén perfectamente determinados, requisito que lleva como consecuencia que la obligación de mantenimiento desaparezca, cuando el error detectado se deba a una modificación en el programa realizada por el cliente.

GENEVIEVE DEWULF, MARC SCHAUSS y ROLAND LESUISSE¹¹⁷ aconsejan ante la posibilidad de que adopte la naturaleza de obligación de medios, la redacción de un "libro de a bordo", registrando las demandas de intervención, en que será anotado el número, tiempo, contenido y resultado de las intervenciones del prestatario.

EMILIO DEL PESO NAVARRO¹¹⁸ ha señalado que las funciones de desarrollo y mantenimiento del software han venido realizándose dentro de los sistemas informáticos, siendo la segunda una actividad complementaria. Entiende gran parte de la doctrina que el contrato de mantenimiento de software es un contrato coligado y accesorio del principal que era el de desarrollo del software,

■¹¹⁶ Nos remitimos en este punto al epígrafe sobre la Protección Jurídica del Software (X.3)).

■¹¹⁷ GENEVIEVE DEWULF, MARC SCHAUSS y ROLAND LESUISSE.- Obra ya citada.

■¹¹⁸ EMILIO DEL PESO NAVARRO.- Obra ya citada.

pero poco a poco estos contratos van adquiriendo entidad propia y en cierto modo independiente.

Los servicios informáticos de las empresas han empezado a contemplar la función de mantenimiento como separada del desarrollo, revalorizando la misma. La contemplación de las dos funciones como entidades distintas, obliga a marcar de forma clara la frontera entre una y otra.

CARLOS PEREZ SANZ¹¹⁹ ha señalado como módulos más habituales, los siguientes:

- a) Hot line
- b) Adaptación a cambios legales
- c) Corrección de errores
- d) Adaptación a cambios sectoriales
- e) Nuevas versiones o actualizaciones.
- f) Recuperación de Información.
- g) Optimización y compresión del disco duro
- h) Servicio de Back up¹²⁰.
- i) Detección y prevención de virus

■¹¹⁹ CARLOS PEREZ SANZ.- Obra ya citada.

■¹²⁰ El back up permite a una empresa continuar con su actividad, a pesar de sufrir cualquier accidente en su sistema. Su objeto es la protección logística y técnica, poniendo a disposición del cliente, por un plazo determinado, un sistema compatible con sus datos y programas que cumpla las funciones esenciales en evitación de un perjuicio grave a la empresa.

■ La fórmula más simple de back up es aquella por la que se garantiza, en caso de hardware, otro idéntico para un reemplazamiento provisional o posibilita un acceso a otro hardware.

j) Servicio de escrow o garantía de acceso al código fuente.

k) Gastos de desplazamiento

6) PRINCIPALES CLAUSULAS DEL CONTRATO DE MANTENIMIENTO

Debemos insistir, a pesar de ser reiterativos, que las cláusulas principales de un contrato de mantenimiento estarán en íntima dependencia con el tipo pactado y con los módulos que constituyen su contenido, por lo que al reseñar las siguientes cláusulas, debe tenerse presente siempre este criterio. No obstante algunos de ellos, como la duración o el precio, serán imprescindibles en todos.

Podemos destacar, siguiendo a ISABEL HERNANDO COLLAZOS¹²¹ como cláusulas más habituales, las siguientes:

- alcance del mantenimiento.
- corrección de errores del software.
- tiempos de respuesta.
- actualización de versiones.
- responsabilidad del cliente
- penalizaciones por mantenimiento tardío
- aplicación de las modificaciones realizadas por el cliente
- consecuencias de la extinción del contrato respecto a los programas-fuentes
- renovación o prórroga del contrato.

En esta última línea se manifiesta GENEVIEVE DEWULF, MARC SCHAUSS y ROLAND LESUISSE, añadiendo los métodos de asistencia, la intensidad de la obligación (determinar si es de resultado o de medios) y las posibles cláusulas de exoneración de responsabilidad del mantenedor.

A todos ellos hay que añadir como muy conveniente la cláusula de

■¹²¹ ISABEL HERNANDO COLLAZOS.- II Jornadas de la Abogacía Informática.

arbitraje que facilitará y acelerará la solución de los conflictos que entre las partes pudieran surgir. Teniendo en cuenta que la dilación en el tiempo para la resolución de los conflictos puede traer fatales consecuencias para la empresa y el sistema.

Especial atención merecen las cláusulas relativas a la duración, precio y exoneración de responsabilidad contractual.

Por lo que a la duración se refiere, debe establecerse el momento de iniciación del servicio de mantenimiento, que siempre será una vez que hayan cesado las garantías legales o contractuales, de existir éstas.

En el contrato se precisará el periodo de tiempo durante el que se prestará el servicio de mantenimiento, que podrá ser renovado a su finalización, en las condiciones previamente fijadas.

Si no se ha establecido un periodo determinado de duración, el contrato se dilatará en el tiempo hasta que medie un preaviso por la parte que quiera rescindirlo.

Pero la rescisión es en principio muy peligrosa para el cliente, que difícilmente encontrará un mantenedor que, con capacidad suficiente, esté dispuesto a sustituir al primero en las mismas condiciones.

Normalmente, la duración atiende a la vida del hardware que integra el sistema. Si recae sobre el software, los parámetros a tener en cuenta serán: la obsolescencia técnica, la duración de la explotación, los costes de renovación o la amortización de las innovaciones¹²².

Pero el tiempo también ha de tenerse en cuenta con relación a estos contratos para determinar no solamente su duración, sino también el cumplimiento o incumplimiento.

Así, si se han fijado unas revisiones periódicas, éstas deberán llevarse a cabo en el momento pactado, pudiendo establecerse sanciones por retraso, para

■¹²² XAVIER LINANT DE BELLEFONDS ALAIN HOLLANDE.- Obra ya citada.

garantizar la eficiencia del servicio. En el caso de mantenimiento preventivo, determinar unas revisiones anuales en uno u otro momento, no supone más que una ventaja de concreción, si bien no modifica sustancialmente la prestación convenida. De esta forma se evita la acumulación al final del periodo de unas revisiones casi simultáneas, para cubrir el cupo de las mismas.

Mayor importancia adquiere la fijación de periodos de intervención en el mantenimiento correctivo, ya que si se ha detectado un error o fallo en el sistema, la mayor celeridad con que se solventa, puede medirse fácilmente en parámetros económicos. Es lógico pensar en la necesidad de establecer unos periodos de servicio y horarios de intervención.

El usuario puede limitar en el tiempo la intervención, bajo la forma de porcentajes de indisponibilidad mensual máxima del software y hardware y de indemnizaciones por retraso¹²³.

Naturalmente estos periodos dependerán del necesario aviso del cliente, y del lugar en que se proceda a la corrección¹²⁴.

En íntima relación con el tiempo, está el precio.

El precio se presenta como uno de los elementos fundamentales en el contrato de mantenimiento, que será objeto de negociación y deberá quedar perfectamente determinado o cuando menos ser determinable en función de una serie de parámetros. Volvemos a insistir en que dependerá del tipo de mantenimiento que se contrate, la forma de fijar este precio.

Puede pactarse un precio a tanto alzado para todo el periodo contractual, solución ésta que nos parece inviable o muy peligrosa, salvo que estemos en presencia de un mantenimiento exclusivamente preventivo, lo que en la práctica es difícil de imaginar. Lógico es, cuando menos, que el mantenimiento sea preventivo y correctivo; y habitualmente tiende a copar, si bien no la totalidad de los módulos posibles, cierto mantenimiento evolutivo. Por supuesto si se fija un

■¹²³ GENEVIEVE DEWULF, MARC SCHAUSS, ROLAND LESUISSE.- Obra ya citada.

■¹²⁴ Nos remitimos a lo dicho al tratar los tipos de mantenimiento.

precio a tanto alzado, puede fraccionarse en cuotas, estableciéndose criterios de revisión o actualización.

Parece más correcto establecer un precio base que se incrementará si se supera una facturación determinada. Esta misma idea podrá tener su reflejo en fijar un precio mínimo al que habrá que añadir el coste de cada intervención, según las horas que se empleen, si es dentro del horario comercial, si requiere una rapidez de respuesta mayor que lleve incluso a una reparación nocturna...

Por supuesto, las correcciones pueden tener un nivel de complicación técnica de diferente entidad, que se reflejará a su vez en el precio, como también la distancia del usuario, el lugar donde se realice el servicio de mantenimiento y en general, los módulos que se hayan concertado.

Respecto a la responsabilidad contractual, como en todo contrato, las partes están obligadas a realizar las prestaciones a que se hayan comprometido, si bien en materia informática, la parte económica y técnicamente más fuerte, suele tender a exonerarse de toda responsabilidad. El cliente en el caso del contrato de mantenimiento deberá estudiar la cláusula que tienda a dicha exoneración, dado que no puede ni debe admitirse la exoneración total.

Nada impide, eso sí, que se establezcan una serie de supuestos en los que el mantenedor no sea responsable de las consecuencias de una falla en el sistema.

Las cláusulas exoneratorias nunca pueden eliminar la responsabilidad que por dolo pudiera tener el mantenedor¹²⁵.

Asimismo el mantenedor no responderá en caso de fuerza mayor, salvo que expresamente se haya contemplado en el contrato este extremo, o lo imponga

■¹²⁵ El art. 1.107 del Cc establece que los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hubieran podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento.

■ En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación"

■ El art. 1.102 del Cc "La responsabilidad procedente del dolo, es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de la acción para hacerla efectiva, es nula."

alguna norma legal¹²⁶.

Debe entenderse de aplicación el art. 1124 del Cc que faculta la resolución las obligaciones para el caso de que uno de los obligados, no cumpla lo que le incumbe y la reclamación de daños y perjuicios, o sólo éstos sin resolver el contrato.

La prueba de dicho incumplimiento, y la aplicación de la "exceptio non adimpleti contractus" le corresponde a quien la alega, y requiere control judicial o arbitral que atenderá a la gravedad de las deficiencias.

SALVADOR DARIO VERGEL¹²⁷ pone de manifiesto que la suspensión de los servicios de mantenimiento y asistencia técnica sólo puede ser admitida en circunstancias en extremo restringidas, ya que constituye peligro de daño grave irreparable la suspensión de la asistencia técnica a un sistema de elaboración que compromete el funcionamiento de la empresa beneficiaria.

7) CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

Como en todo tipo contractual, las partes estarán obligadas a cumplir con lo que se hubiesen comprometido en el contrato. En el caso del mantenimiento, las prestaciones que engloba esta figura contractual son múltiples, lo que lleva a un muy variado listado de obligaciones por ambas partes.

En términos generales, el proveedor del servicio, tiene como obligación principal, mantener en óptimas condiciones de funcionamiento el equipo determinado por el usuario¹²⁸.

La concepción del mantenimiento como una obligación de resultado o de medios, determinará si el usuario debe probar el dolo o culpa del proveedor, en este segundo caso, o si se debe presumir la responsabilidad del mantenedor por el

■¹²⁶ Art. 1.105 Cc.

■¹²⁷ SALVADOR DARIO VERGEL.- Obra ya citada.

■¹²⁸ MARCHILL.- Obra ya citada.

solo hecho de no haber conseguido un resultado, a salvo los supuestos de fuerza mayor.

En caso de un mantenimiento preventivo que supone un control periódico de funcionamiento del sistema informático, no ha de dejarse tampoco el mantenimiento al libre arbitrio del prestador del servicio y deberá especificarse en el contrato, los plazos, parámetros de control, posible recambio de piezas etc...

De no establecerse, tanto en el mantenimiento preventivo, como en el correctivo, plazos de intervención, se estará a la práctica habitual que nos lleva a la conveniencia de que exista una cláusula arbitral en el contrato.

A estas obligaciones habrá que añadir la de confidencialidad ya mencionada y la de consejo y asesoramiento que hemos defendido para todo contrato informático.

En cualquier caso, la conveniencia de una precisión terminológica en este tipo de contratos, se hace más acuciente en el presente, por la laxitud que la obligación de mantenimiento puede conllevar.

Es recomendable hacer referencia a la disponibilidad de personal y el aprovisionamiento de piezas de recambio, garantizando durante un periodo de tiempo viable, la estabilidad del sistema informático.

El cliente indudablemente tendrá que pagar el precio por el servicio de mantenimiento y colaborar con el mantenedor facilitándole el acceso a su local, al hardware y al software, tener a su disposición la información necesaria en ficheros, memorias etc..., e incluso designar a una persona capacitada que actúe de interlocutor con el mantenedor, avisándole sobre la aparición de algún error en el sistema.

Asimismo deberá utilizar el material debidamente y seguir las instrucciones que le pudiera dar el prestador del servicio, consultándole ante cualquier modificación que pudiera repercutir en el mantenimiento.

Una vez firme el contrato de mantenimiento, las partes cumplirán con sus obligaciones pudiendo resolverlo en caso de incumplimiento perfectamente probado por alguna de ellas, con la consiguiente indemnización de daños y perjuicios; indemnización que deberá abarcar tanto el daño producido como el

lucro cesante y que requerirá una prueba exquisita que en muchos casos, y dada la necesidad de mantenimiento, convendrá sólo pedir ésta permaneciendo vigente el contrato.

CONTRATO DE OUTSOURCING

A).- CONCEPTO Y CARACTERES.

Hoy en día las sociedades mercantiles, cualquiera que sea su volumen de facturación, el tipo de negocios que realicen o el ámbito espacial donde se muevan, se encuentran en la necesidad de hacer un uso constante de los medios informáticos para optimizar al máximo sus resultados.

No se puede plantear la existencia de una compañía mínimamente competitiva, sin la decisiva intervención de estos modernos medios, pero lógicamente a todo ello hay que añadir que la progresiva evolución técnica va inexorablemente unida a una mayor complejidad.

Dada la necesidad de utilizar cada vez más información y con mayor celeridad, se impone la búsqueda de una especialización en materia informática: o bien esta especialización se hace desde una perspectiva interna de la empresa, lo que exige una mayor inversión y por ello limita esta opción a las grandes compañías; o bien por el contrario, la gestión informática se exterioriza, encomendándose a un tercero, que de forma especializada se encargará de su funcionamiento, solución más interesante para la gran generalidad de las empresas.

Se nos presenta así una nueva forma de gestionar la actividad comercial sobre la base de la tecnología informática a través de la "externalización" de sus funciones, como requisito imprescindible para el mejor desarrollo empresarial.

De esta forma, el empresario centrará toda su atención en el negocio objeto de su empresa, encomendando a otros el manejo de los sistemas informáticos, lo que por regla general llevará a una mejora del servicio y una reducción de costes, junto a otras múltiples ventajas.

RAFAEL ALONSO¹²⁹ entiende por outsourcing informático, el servicio independiente que se responsabiliza del óptimo funcionamiento de los sistemas informáticos de la empresa cliente y se preocupa de que dicho sistema sea el idóneo para sus necesidades, teniendo en cuenta tres factores: estructura, recursos humanos y tiempo.

CARACTERES

Se presentan dos causas como principales razones del desarrollo de este tipo negocial. La primera de ellas, referente a la necesidad de reducir costes al liberar a la empresa de los grandes desembolsos que las modernas tecnologías y su vertiginosa evolución precisarían para mantener un nivel apto de competitividad.

La segunda gran base que justifica este contrato, podríamos concretarla con los términos conocimientos técnicos y finalidad empresarial. Entendemos que el encomendar la gestión informática a una empresa especializada en esta materia, indudablemente supondrá un aporte de conocimiento y experiencia que redundarán en beneficio de la empresa, mejorando su eficacia, dado el mejor aprovechamiento de los avances técnicos.

La empresa que subcontrata no solamente tiene acceso a un amplio repertorio de recursos, sino que todas sus miras se dirigirán a su cometido propiamente dicho. Es cierto que como en todo contrato, se originan inconvenientes como la pérdida de independencia, el contraste con la legislación laboral, o los problemas que la titularidad del software y la propiedad intelectual pueden plantear, pero entendemos que las múltiples ventajas que se nos ofrecen, como la flexibilización de recursos, las soluciones a medida, el incremento de capacidad de trabajo, la especialización y la reducción de costes, impondrán su masiva utilización.

■¹²⁹ RAFAEL ALONSO "Outsourcing, Presente y Futuro" Artículo publicado en la Revista AMIGOS. Fundación para el desarrollo Directivo, KNOW HOW Business College. Marzo núm. 3 1.996.

B) NATURALEZA JURIDICA

El outsourcing es un contrato atípico, ya que nuestra legislación no lo contempla específicamente. El propio planteamiento de nuestro trabajo y los apartados de este contrato en particular nos permiten observar cómo la mayoría de los contratos informáticos de carácter atípico van adquiriendo una cierta tipicidad práctica o social, al irse repitiendo sus modelos en espera de ser contemplados por nuestro legislador de forma expresa.

La multiplicidad de prestaciones que aparecen en este contrato, le confieren la naturaleza de mixto; mixtura que nos obliga a acudir a las figuras contractuales típicas de nuestro ordenamiento para intentar responder a las cuestiones sobre su naturaleza.

Una primera aproximación al outsourcing nos hace plantear la cuestión desde la intencionalidad de las partes intervinientes en el contrato. Así debemos preguntarnos si lo que se solicita y presta, respectivamente, es un resultado concreto, o bien el objeto del contrato es una simple actividad con independencia del resultado obtenido.

Esta perspectiva nos conduce inexorablemente a los contratos de arrendamiento de obra y arrendamiento de servicios¹³⁰.

Si lo que se contrata es la gestión informática, con independencia de cualquier tipo de resultado, indudablemente nos encontramos ante la naturaleza propia del arrendamiento de servicios. Lo único importante es la actividad por la que se fijará un precio determinado. Este precio podrá establecerse atendiendo al tiempo empleado, o bien de una forma alzada. Las dificultades de la previa determinación de las horas a emplear en la gestión, impedirán en cierto modo, esta última solución. Si por el contrario en un previo estudio de las prestaciones

■¹³⁰ El Proyecto de Ley de 12 de Abril de 1.994 por el que se modifica la regulación del Código Civil sobre contratos de servicios y de obra abandona la denominación "arrendamientos de obras y servicios" para sustituirla por la de "contrato de servicios y contrato de obra". Se sigue con ello una tendencia ya consagrada firmemente en la doctrina, y no sólo en la española, unánime en la idea de que la teoría unitaria del arrendamiento no tiene hoy otra justificación que el respeto a un precedente histórico completamente superado.

solicitudes se pudiera determinar de forma más o menos exacta, el tiempo de servicio, una y otra solución vendrían a coincidir.

Pero la consideración de arrendamiento de servicios y la forma de solicitar el mismo por parte de la empresa que subcontrata la gestión informática, la colocan en una cierta inseguridad, dado que sin haber fijado un objetivo determinado, el tiempo a emplear en esta actividad se puede desarrollar sin un resultado palpable.

La segunda opción se presenta como mucho más segura para ambas partes contratantes, pero también es cierto que la propia esencia del contrato de outsourcing nos muestra cómo el mismo puede alcanzar unos grados de complejidad tales, que impidan la prefijación del resultado a obtener, de forma clara e indubitada.

La solución exigirá un estudio casuístico de los problemas que plantee cada contrato en particular, sus dimensiones, alcance, la intención de las partes...

En cualquier caso, el precio del contrato, dada su naturaleza y aún en el caso de haberse predeterminado de forma exacta, debe admitir unas cláusulas de revisión fundadas en el justo equilibrio de las prestaciones.

C) ELEMENTOS PERSONALES Y REALES

En el contrato de outsourcing aparecen como elementos personales imprescindibles, en primer lugar, la empresa que solicita o se propone contratar toda la gestión de índole informática¹³¹.

Esta parte contractual tiene una actividad diferente a la gestión informática, pero se vale lógicamente de esta última, para conseguir la optimización de sus negocios, al subcontratar toda esa gestión informática con una empresa que por sus características técnicas y de especialización, le solventará los problemas que de esta índole puedan surgirle.

■¹³¹ Debe tenerse en cuenta en este punto, la diferente amplitud que puede tener el contenido del contrato de outsourcing.

Toda empresa tiene la posibilidad de celebrar un contrato de outsourcing con la intención, entre otras, de rebajar los costes. Si la empresa contratante es de gran entidad, con independencia de que también pueda resultarle favorable la celebración de este contrato, también es cierto que podrá acometer con cierta holgura, todos los gastos tecnológicos, salvando así la pérdida de independencia que lleva implícita este contrato.

Indudablemente, la contratación de outsourcing con esa pequeña pérdida de independencia a la que antes nos referíamos, requiere un importante ejercicio de confianza. Esta confianza ha de presidir todo tipo contractual, pero en mayor medida, en el outsourcing, en que sus consecuencias van más allá del propio contrato que, por otra parte, supone la inclusión de un tercero en lo más íntimo de la empresa.

El segundo de los elementos personales será la empresa que asumirá las labores de la gestión informática de la primera.

Se busca así a un proveedor de experiencia y capacidad tecnológica que abarque en principio todas las facetas de gestión de los sistemas informáticos.

Hasta aquí hemos venido atendiendo a la situación de que la empresa contratante se vincule con un solo proveedor, si bien este no es el único planteamiento posible. BANKIME ha diseñado una estrategia de outsourcing que supone la aparición de tres proveedores diferentes del servicio, coordinados por la vía de un interlocutor único, CAP GEMINI a través del soporte de un sistema CAP Teleservicio¹³².

Este tipo de outsourcing supone la subcontratación en tres líneas sobre el mantenimiento del software, infraestructura del hardware y sistema de comunicaciones.

D) NEGOCIACION Y FIRMA DEL CONTRATO

■¹³² EZEQUIEL BARRIOS.- ¡Zapatero a tus Zapatos! Banco de Pequeña y Mediana Empresa.- COMPUTING ESPAÑA.- El Especial Outsourcing de 13-3-96.

Todo contrato, cuando menos teóricamente, exige una fase precontractual en que las partes muestran sus intenciones negociales, aclarando sus objetivos, forma de trabajo, necesidades...

En materia informática, esta fase precontractual adquiere una especial importancia, dada la singularidad de la materia sobre la que recae, la complicación técnica, la ausencia en numerosos casos de legislación específica y por ello, la multiplicación de los contratos atípicos, que imponen una fase de negociación más dilatada e intensa. Si esto es cierto en mayor o menor medida, en casi todos los contratos que pueden englobarse bajo el epígrafe genérico de "contratos informáticos", lo es con mayor razón en el contrato de outsourcing. A lo dicho se añade lo novedoso de su contenido y la gran cantidad de matizaciones en cuanto a duración, sectores afectados, amplitud de funciones, precio, forma de pago y de recepción... presentes en esta figura contractual.

Es por todo ello necesario establecer un plan de acción minucioso en el que, previo estudio de las necesidades de la empresa cliente, se fijen de forma precisa y pormenorizada, los servicios que se van a desarrollar, los costes aproximados, el precio, sus parámetros de cálculo, objetivos a alcanzar, expectativas de nuevas necesidades y adaptaciones, así como un esbozo de las responsabilidades, todo ello encuadrado dentro de la estrategia general de la empresa.

Conviene que este plan de acción se plasme por escrito, previamente firmado, y se adjunte al futuro contrato, y así, en caso de posibles discusiones, se podrá acudir a este anexo que servirá como documento aclaratorio.

Una vez finalizada la fase de estudio y negociación, se procederá a la firma del contrato, en el que, de forma precisa, se fijarán todos los parámetros que se estudiaron y discutieron en la fase previa. Se especificarán los objetivos a alcanzar, los plazos de finalización y puesta a disposición de las prestaciones, con posibles cláusulas de penalización, el precio, forma de cálculo y pago, modo de coordinación de las labores a realizar, con el correspondiente seguimiento y control, riesgos y responsabilidades con las consiguientes garantías, el imprescindible pacto de secreto etc...

E) PROPIEDAD DEL HARDWARE Y DERECHOS DEL SOFTWARE

Especial importancia cobra en esta figura contractual, la propiedad del hardware y los derechos del software.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que uno de los servicios que pueden ser objeto de este contrato, es la adquisición del hardware, en cuyo caso se tendrá que determinar si la propiedad corresponde a una u otra de las partes contratantes.

Puede ocurrir, no obstante, que no se proceda a esa adquisición, con lo que el problema disminuye de entidad, si bien habrá que precisar en el caso de que la empresa cliente transfiera los equipos a la empresa tecnológica, las condiciones de dicha transmisión.

Mayores problemas plantea la titularidad de los derechos sobre el software.

ISABEL HERNANDO¹³³ distingue dos supuestos: cuando el cliente es titular de los derechos de explotación sobre el programa y cuando el cliente es titular de una licencia de uso sobre los programas. En el primero de los casos, la empresa cliente es la única autorizada para permitir a la empresa suministradora la utilización de los mismos. En el segundo caso, se requerirá la autorización del licenciatario, y será la empresa tecnológica, la encargada de obtener las licencias necesarias para evitar un uso incorrecto del software.

JOSE MARIA AGUIANO¹³⁴ dice que el titular del software debería conceder al usuario una licencia de uso y a la empresa de outsourcing, una licencia de explotación, pero en beneficio del licenciatario de uso y esto se debe a que si se ofrece licencia de uso al proveedor de outsourcing, si hay una ruptura del contrato, el cliente final se queda sin dicha licencia.

En cuanto a la titularidad de las modificaciones realizadas en los programas de la empresa cliente, entendemos con la mayoría de los autores, que

■¹³³ ISABEL HERNANDO.- Obra ya Citada.

■¹³⁴ JOSE MARIA AGUIANO.- Artículo aparecido el 13-3-96.- COMPUTING ESPAÑA. El especial outsourcing. "Riesgos de la subcontratación"

deberá fijarse de forma precisa quien va a ser titular de los derechos de propiedad intelectual resultantes, en caso contrario, creemos indiscutible que pertenecerán a la empresa que los ha desarrollado, dada la presunción de no cesión que dispone la Ley de Propiedad Intelectual, Texto Refundido 1/96 de 12 de Abril de 1.996 (art. 43 en relación con los arts. 21.2 y 23).

Lo más conveniente será pactar una cesión en exclusiva, de estas transformaciones.

F) EJECUCION DEL CONTRATO Y CONCLUSIONES

Una vez perfeccionado el contrato, se procederá al cumplimiento de las obligaciones pactadas, en el que deberá primar una mutua confianza con la consiguiente confidencialidad y colaboración.

El precio pactado se abonará de la forma acordada. Generalmente y dada la entidad económica de estos contratos, se fijarán los momentos, cantidades, y condiciones de este pago habitualmente unidos a las recepciones parciales de las prestaciones que se vayan cumpliendo. Lógicamente, al finalizar el tiempo de duración del contrato, que habitualmente será de cinco o diez años, se extinguirán las obligaciones de ambas partes, si bien es en este momento, cuando entrarán en juego las cuestiones previamente pactadas sobre las titularidades del hardware y del software según los casos.

En el supuesto de incumplimiento se devengarán las consiguientes responsabilidades e indemnizaciones que se hubieran prefijado y entrarán en juego las cláusulas penales que se pudieran haber pactado.

Por todo ello, reiteramos, es más que conveniente establecer una cláusula arbitral que facilite y agilice la solución de las posibles controversias durante el contrato y a su conclusión.

CONTRATO DE ESCROW

A).- CONCEPTO, CARACTERES.- RAZONES DE SU EXISTENCIA.

El contrato de escrow se presenta como un contrato atípico, íntimamente

relacionado con el contrato de depósito, regulado por nuestras leyes civiles y mercantiles (arts. 1.758 a 1.789 del Cc y 303 a 310 del Código de Comercio), pero claramente diferenciable de él, tanto por sus características, peculiaridades de su objeto y razón del mismo.

Este contrato, de origen norteamericano, encuentra su razón de ser en los conflictos surgidos o que pudieran surgir entre el usuario de un programa y sus elaboradores o empresas de software, en relación con la posesión del código fuente.

Para XAVIER RIBAS¹³⁵ Código Fuente es el núcleo formal del programa y constituye la primera expresión independiente del proceso de creación, que alcanza una protección directa del derecho de autor.

Partiendo de este concepto, podemos ver claramente que quien posea el código fuente, tiene la posibilidad de alterar de cualquier modo, interconectar y multiplicar el programa. Esta es la razón por la que las empresas de software siempre han sido reticentes a la entrega del código fuente al licenciatarío de un programa de ordenador.

Si bien es cierto que la posesión del código fuente no presupone la titularidad, y por lo tanto su utilización estaría protegida por los derechos de propiedad intelectual, es incuestionable, que se crearía una situación de peligro latente.

Si se argumenta que el código fuente es imprescindible para las labores de mantenimiento, se puede argüir que éstas, por regla general, son realizadas por la propia empresa de software, lo que no impide por otra parte, que se den una serie de circunstancias que imposibiliten a la empresa de software, realizar estas labores, colocando al usuario en una difícil situación. Así, el contrato de escrow es el instrumento jurídico para garantizar al usuario en determinadas circunstancias, el acceso al código fuente.

■¹³⁵ XAVIER RIBAS.- "Protección jurídica de los Programas de Ordenador".- Institute for International Research España S.A.- Madrid 1.995.

De esta forma, XAVIER RIBAS¹³⁶ lo define como aquel por el cual, la empresa de software y el usuario pactan la entrega del código fuente a un tercero (fedatario público, asociación...) que se constituye en depositario del mismo y se obliga a entregarlo al usuario, cuando se cumplan las condiciones determinadas en el contrato.

Podemos considerar este novedoso contrato, no solamente como un contrato atípico, lo que parece incuestionable, sino también como un contrato complejo en cuanto a su naturaleza, dado que participa en cierto modo de la naturaleza del depósito y de la del de mantenimiento, con una intención de garantía de protección y aseguramiento de derechos previamente adquiridos¹³⁷.

En puridad, el contrato de escrow se celebra entre la empresa de software, titular de los derechos de propiedad intelectual sobre el programa, y el usuario del mismo, pero a su vez, se exige la concurrencia, por la propia esencia del contrato de un tercero depositario, por lo que este tercero, o bien interviene en el propio contrato, o bien se vincula a él a través de un contrato conexo. Evidentemente el contrato de escrow depende de la existencia del contrato de depósito, incluso hay quien considera que ambos son el mismo.

Nosotros, por el contrario, estimamos que si bien son contratos diferentes, no deben considerarse independientes, dado que no existe el escrow sin el depósito, incluso cuando el depositario es el mismo usuario o el propio titular del software (lo que dificulta su calificación de depósito en sentido estricto).

No queremos terminar sin reconocer la posibilidad de que el contrato de escrow se presente tan sólo como una cláusula de un contrato de mantenimiento o de licencia de uso, que al garantizar el mismo, solventa un hipotético supuesto de incumplimiento por el obligado. Con este tipo negocial se responde a los requerimientos del usuario y a la actitud precavida de las empresas de software,

■¹³⁶ XAVIER RIBAS.- Obra ya citada.

■¹³⁷ Debemos en este punto tener presente la distinción que hace DIEZ PICAZO, en su libro Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Madrid 1.993, 4ª Edición, entre contratos mixtos, coligados y complejos.

celosas de garantizar y salvaguardar su propiedad intelectual. No obstante, debemos recordar que la finalidad de este peculiar contrato va más allá de la garantía de acceso al código fuente, dado que supone asimismo una prueba de la titularidad del software en caso de un futuro conflicto, así como el mantenimiento de una copia de seguridad del programa para responder ante un siniestro, que provocará la pérdida de aquel.

B).- TIPOS DE ESCROW

JOSE MARIA AGUIANO JIMENEZ y Asociados¹³⁸ utiliza cuatro criterios para clasificar el contrato de escrow: según el tipo de depósito, la finalidad del mismo, la forma de contratación, y el número de usuarios o licenciarios que tienen acceso al código.

- Por el tipo de depósito: podemos hablar de escrow privado, cuando el depósito del código fuente se hace en una persona física o jurídica de confianza de ambas partes, que no tenga por actividad profesional la de ser depositario; el escrow será institucional cuando el depositario se dedique habitualmente a esta labor, pudiendo a su vez el escrow ser específico o genérico. Es específico cuando el código fuente se deposita en un agente escrow, entendido como la persona jurídica que se dedica a recibir o custodiar depósitos de códigos fuentes, y de su documentación; el escrow no específico o genérico, se da cuando el depositario, si bien se dedica a la custodia de bienes muebles ajenos, no lo hace de forma específica sobre los códigos fuente.

Dentro de este mismo criterio, habla AGUIANO del escrow licenciario, en el cual, el código fuente, una vez precintado, se deja en manos del licenciario, con la prohibición expresa de abrirlo, salvo en determinadas circunstancias; y el escrow desarrollador, en el que realmente no se da depósito, sino que se limita a un pacto por el que el desarrollador se compromete a entregar el código fuente al licenciario en los supuestos previamente fijados.

- Por la finalidad del depósito:

■¹³⁸ JOSE MARIA AGUIANO JIMENEZ y Asociados.- "Proteger mejor su inversión en software: un análisis del contrato de depósito de fuentes, de principio a fin".- Institute for International Research España S. A.- Madrid 1.995.

Podemos hablar de escrow titular, cuyo objeto es probar la titularidad del programa depositado; y escrow usuario, cuyo sentido es garantizar el acceso al código fuente.

- Por la forma de contratación:

El escrow puede ser independiente o bien estar integrado, como cláusula de un contrato de licencia o de mantenimiento.

- Por el número de usuarios o licenciatarios con acceso al código.

El escrow será unitario cuando se realiza un depósito por cada licenciatario que suscriba el escrow; y será plural cuando el depósito se realiza para la totalidad de los posibles licenciatarios.

C).- ELEMENTOS PERSONALES

En el contrato de escrow intervienen, en principio, dos partes: en primer lugar está la empresa de software, titular de los derechos de propiedad intelectual sobre el programa, quien para garantizar en determinadas circunstancias el acceso del usuario al código fuente, realiza un depósito en la persona y con las condiciones pactadas en el contrato. De esta forma obtiene, como ya hemos señalado, la prueba de la titularidad del software, consiguiendo mantener una copia de seguridad del programa.

Por otra parte, nos encontramos con el usuario de un programa determinado, que necesita como instrumento imprescindible para el mantenimiento o modificación y para la interoperatividad de los programas de ordenador, disponer del código fuente. Ante la reticencia de la empresa por facilitar esta posesión, se satisfacen ambos intereses mediante la constitución del depósito del mismo, ya sea en un tercero, ya sea en el propio usuario, con la obligación, por parte de estos de entregarlo o desprecintarlo, únicamente cuando se cumplan una serie de supuestos como pueden ser: la quiebra, suspensión de pagos o liquidación de la empresa titular, cuando ésta cambie de actividad o no

cumpla su obligación de mantenimiento, o cuando se produzca incumplimiento respecto de las posibles interoperatividades con otros programas, o el cumplimiento del plazo...¹³⁹.

Deberán establecerse en el contrato de escrow, las características o circunstancias de cada uno de los supuestos de retirada, máxime cuando se trata de algo que puede llegar a ser tan discutible como el incumplimiento de las obligaciones de mantenimiento. Supuestos como el de quiebra, suspensión de pagos o liquidación de la empresa, parecen más sencillos de justificar, debiendo tenerse en cuenta que el fijar un límite máximo para el plazo, no impedirá de ninguna forma, que se establezcan otros supuestos de retirada.

Como hemos visto, el contrato de escrow se perfecciona entre la empresa de software, titular de los derechos de propiedad intelectual sobre el programa, y el usuario licenciatarario, pero se presenta como imprescindible, la existencia de un contrato de depósito, dado que en último término éste es precisamente el objeto del negocio que estamos tratando.

El depósito al que hacemos referencia, se perfeccionará entre el titular de los derechos del programa y la persona física o jurídica que actúa como depositario.

Nada impide (incluso esta es la forma más habitual de presentación) que el depositario firme el contrato de escrow, asumiendo sus obligaciones como tal en el mismo, sin que formalmente sea necesario un contrato independiente.

Si por el contrario, simplemente se pacta que el desarrollador entregue el código fuente en los supuestos previstos, no se dará en puridad jurídica, ningún depósito, cumpliendo en cierto modo, las mismas funciones.

Respecto a las obligaciones del depositario y a la naturaleza de este contrato, debemos acudir a la reglamentación que sobre el mismo nos ofrece el Código Civil (art. 1.758 y ss.).

Nos remitimos al Título XI del Libro IV del Código Civil en cuanto a la

■¹³⁹ AGUIANO y Asociados.- Obra ya citada.

reglamentación del repetido depósito, si bien debemos destacar que las particularidades del objeto hacen que algunas de estas normas sean de difícil aplicabilidad a este tipo de depósito (art.1.778).

De esta forma, el primer párrafo del art. 1.775, determina que el depósito debe ser restituido al depositante cuando lo reclame, aunque en el contrato se haya fijado un plazo o tiempo determinado para la devolución. Debe tenerse en cuenta que el sentido de este depósito es garantizar la disponibilidad del código fuente al licenciataria, cuando se den determinadas circunstancias, y entendemos que la posibilidad a que hace referencia el art. 1.775, no debe regir en estos supuestos, o en el peor de los casos, deberá precisarse en qué circunstancias y con qué condiciones formales pudiera llegar a darse esta retirada (por ejemplo notificar al licenciataria esta retirada).

Puede darse el caso de un escrow plural, en el que se realiza un solo depósito para un grupo de licenciataria. En estos casos la rapidez de uno de estos últimos, al concurrir una de las circunstancias de retirada, puede colocar en una muy difícil situación a los demás.

Las soluciones que pueden darse a este problema son varias, así: permitir simplemente que se retire una copia autorizada por el depositario, sin que se de una retirada material; o bien que la retirada sea temporal con obligación de devolución; o que quien retire el código fuente se convierta en nuevo depositario con todas sus obligaciones y responsabilidades.

Podemos observar que todas estas soluciones realmente adolecen de cierto peligro que podría evitarse fácilmente (con un aumento de los gastos) depositando tantas copias del código fuente como licenciataria tengan la posibilidad de efectuar la retirada, esto es, tantos como hayan firmado el contrato de escrow. En este caso todos ellos tendrían garantizados sus derechos y se evitaría, o bien una cascada de depósitos, un incumplimiento de la obligación de devolución, o una obligación del depositario de autorizar unas copias que excederían a las funciones propias del depositario (conservar y restituir).

D).- EL OBJETO

La función primordial, si bien no la única, del contrato de escrow, es garantizar al licenciataria el acceso al código fuente, cuando concurren determinadas circunstancias.

Por este negocio jurídico se pacta la realización de un depósito del referido código fuente, que puede ser retirado con los límites y condiciones pactados.

Partiendo de esta idea, se plantea la cuestión de concretar el objeto del depósito que origina el contrato de escrow.

El art. 1.761 del Código Civil establece que sólo pueden ser objeto de depósito las cosas muebles. Ciertamente el requisito de esta norma jurídica es cumplido por el negocio jurídico que nos ocupa. Si bien, la especialidad de la materia que tratamos nos exige una mayor precisión. En principio las partes pueden determinar libremente, dentro del límite jurídico establecido, qué se debe depositar (art. 1.255 del Cc), lo que parece imprescindible es que el código fuente esté incluido entre los bienes objeto de depósito.

Por lo que se refiere al código objeto, o documentación necesaria, AGUIANO¹⁴⁰ considera que son optativos, idea que compartimos, si bien, y por lo que se refiere a la documentación, debemos calificarla cuando menos, como de "conveniente" objeto de este depósito.

Respecto al código fuente, como elemento imprescindible del depósito, se deberá determinar evidentemente, la versión a dejar en custodia, así como su correcto funcionamiento, mediante una comprobación previa.

A su vez, debe pactarse un método de actualización del código depositado que podrá hacerse de una forma periódica; cuando se de una mejora o nueva versión en el código objeto; o como es más habitual, llegar a un acuerdo sobre su actualización, previendo ambos supuestos.

CONTRATÓ LLAVE EN MANO

A) CONCEPTO, NATURALEZA Y CARACTERES.

CONCEPTO

■¹⁴⁰ AGUIANO y Asociados.- Obra ya citada.

EMILIO DEL PESO NAVARRO¹⁴¹ al clasificar los contratos, distingue entre los contratos del hardware, del software, de datos, de servicios y complejos. Dentro de estos últimos, que califica como aquellos que contemplan los sistemas informáticos como un todo incorporando al objeto del mismo, tanto el hardware como el software y algunos servicios determinados, trata el contrato llave en mano o "turn key package", definiéndolo como aquel en que un proveedor se compromete a entregar el sistema creado donde el cliente le indique y asume la responsabilidad total de diseño, realización, pruebas, integración y adaptación al entorno informático del cliente, tanto lógico, como físico.

Este contrato realmente supone el ejemplo más extremo de contratación informática y contratación compleja.

Con esta figura contractual una empresa que asume desde el principio su incapacidad para solventar la planificación informática de su negocio y reconoce la existencia de especialistas con conocimientos y medios suficientes para solucionar y proveerle así de un elemento imprescindible en su vida comercial inalcanzable por sus propios medios. La empresa cliente, de esta manera, acude a un único proveedor que atenderá a su demanda y dará la solución global a todos sus pedimentos.

El interesado evidentemente puede optar por multiplicar las figuras contractuales acudiendo a contratos de compraventa, desarrollos, licencias, mantenimiento, instalación, formación..., para satisfacer su demanda. Pero este procedimiento en primer lugar exige un previo conocimiento técnico para poder diferenciar y coordinar a los distintos proveedores y sus aportaciones al resultado final, y por otro lado, supone acoplar innumerables tipos que o bien se presentarían como de difícil ensamblaje, o bien diluirían las responsabilidades y obligaciones, ya que un resultado incorrecto o una necesidad no satisfecha podía ser achacada a uno o a otro. De esta forma, el contrato llave en mano se presenta como una solución ventajosa y factible para solventar las necesidades informáticas de una empresa.

■¹⁴¹ EMILIO DEL PESO NAVARRO.- Análisis Jurídicos desde una perspectiva informática, la contratación informática.- Actualidad Aranzadi, núm. 14.- Enero 1.995.

El proveedor hará un estudio de la instalación o encargará este estudio, proporcionará el hardware, directamente si es fabricante o lo subcontratará, asimismo suministrará el software o lo hará ejecutar dirigiendo el montaje conjunto y la puesta en marcha de todo el sistema¹⁴², pudiendo asumir obligaciones complementarias como la de asistencia, mantenimiento del software y hardware, formación, conservación, reparación, back up...

CARACTERES

En el contrato llave en mano, las características podrán variar y matizarse según cada caso concreto y las prestaciones solicitadas.

Por regla general y atendiendo a la línea esencial del contrato, estimamos como características más destacadas: en primer lugar la existencia de un único vínculo contractual, ello con independencia de las necesarias subcontratas que para el cumplimiento de las obligaciones que asume, deba celebrar el suministrador. Es posible, si bien se presenta como difícil en la práctica, encontrar una empresa tecnológica de amplitud suficiente para cubrir todas las demandas del cliente. Por ello, como ya hemos dicho, frecuentemente se acude a subcontratar prestaciones concretas que llevarán a difuminar las responsabilidades cuando el cliente no esté unido directamente con el subcontratista.

La empresa tecnológica asume todas las responsabilidades derivadas de su posición contractual, no pudiendo desentenderse de una falla, alegando la impericia de tercero¹⁴³ o el defecto de un producto que ella ha adquirido¹⁴⁴.

Una forma de solucionar jurídicamente este problema sería acudir a la figura del mandato representativo, en cuyo caso todos los contratos que realice la empresa tecnológica con terceras personas, los haría en nombre y

■¹⁴² ISABELLE DE LAMBERTERIE.- Contratos en informática.- Derecho y Tecnología Informática Mayo 1.989.

■¹⁴³ El art. 1.596 del Cc establece que "el contratista es responsable del trabajo ejecutado por las personas que empleare en la obra", de aplicación al supuesto que estamos tratando.

■¹⁴⁴ Posición que también adopta la Ley 22/1.994 de 6 de julio sobre Responsabilidad Civil por Daños Causados por Productos Defectuosos.

representación de la empresa cliente, estableciéndose un vínculo directo entre el tercero y esta última (art. 1.725 del Cc), bien entendido que para que el contrato llave en mano no pierda sus características más esenciales y al amparo del citado artículo, deberá acordarse la responsabilidad solidaria del propio mandatario.

Una segunda característica es la globalidad de prestaciones y suministros que hacen posible el funcionamiento de todo el sistema, planificado para dar respuesta a las demandas de la empresa cliente. Todas ellas centralizadas en un solo suministrador, organizador y responsable último del resultado obtenido.

Así se deduce como tercera característica la obligación de resultado que crea este contrato, dado que el cliente espera que el conjunto del sistema sea perfectamente operativo en la fecha prevista.

Por otra parte, la figura del contrato llave en mano hace imprescindible la existencia de dos fases:

1) Fase de estudio, en la que el cliente le muestra todas sus necesidades y características de su empresa, siendo el proveedor quien se encarga (con la posibilidad de subcontratar esta función) de realizar un análisis pormenorizado de las mismas y sus soluciones. Una vez finalizado este estudio, se pasa a la segunda fase.

2) Fase de ejecución, en la que el proveedor se encargará de realizar todos los trabajos necesarios para llevar a buen fin la demanda de un completo sistema perfectamente operativo. También se pueden requerir los servicios de un tercero, técnico en la materia, que controle la ejecución del proyecto, supliendo así el desconocimiento que sobre materia tan complicada, tiene el empresario.

Puede pactarse, eso sí, que sean dos contratos sucesivos y conexos. En el primero se hará simplemente un estudio de las necesidades y la forma de resolverlas con un presupuesto y plazos de cumplimiento, necesitándose la firma de un segundo contrato, si así se decidiese, en el que se pondría en ejecución lo previsto en el primero. En este caso, los precios serían independientes para cada contrato, elevándose el del primero en caso de una negativa a continuar.

NATURALEZA JURIDICA

De nuevo nos encontramos con un contrato atípico, puesto que carece de

regulación específica en nuestro ordenamiento, siendo su atipicidad la de los contratos complejos o mixtos. En él observamos una multiplicidad de prestaciones relacionadas e interdependientes, dado que en último término, el cliente solicita que el conjunto del sistema informático sea plenamente operativo en una fecha determinada. De lo dicho se deduce que estamos ante una obligación de resultado, cuyo núcleo principal está constituido por el hardware y el software de base¹⁴⁵. Por lo tanto participará de la naturaleza de un arrendamiento de obra en el que una empresa tecnológica se compromete a obtener un resultado cierto.

No obstante, la complejidad a la que nos hemos referido, añade a esta primera naturaleza una serie de prestaciones que diluyen su precisión y que hace que entren en juego normativas de muy diversos contratos (compraventa, arrendamiento de servicios...), lo que no impide que la línea esencial del contrato suponga claramente un arrendamiento de obra asumido por una única empresa que realizará por sí misma todas las prestaciones demandadas o subcontratará la parte de ellas que sobrepasen su capacidad, permaneciendo en todo caso como controlador y coordinador único y responsable de todas ellas.

B).- ELEMENTOS PERSONALES Y REALES

Al definir el contrato llave en mano, ya hemos puesto de manifiesto cómo en el mismo intervienen dos personas jurídicas: por una parte, la sociedad de servicios o empresa tecnológica, que se compromete a proporcionar un sistema completo informático, incluyendo su instalación, que solvente las necesidades de la otra parte; y en segundo lugar, una empresa que sin capacidad tecnológica, solicita, previa manifestación de sus necesidades, una solución informática de las mismas, o si se prefiere, un sistema informático perfectamente operativo y acoplado a esas demandas.

El contrato de esta forma, se perfecciona entre las partes antes reseñadas, con independencia de la subcontratación que de alguna de las prestaciones, haga la empresa tecnológica y todo ello con ajeneidad de la metodología que se emplee en las antedichas subcontrataciones.

■¹⁴⁵ XAVIER LINANT DE BELLEFONDS y ALIN HOLLANDE.- Obra ya citada.

Previa la fase imprescindible de estudio, en la que tras las manifestaciones del cliente, la empresa de servicios informáticos realiza un análisis de las mismas y sus soluciones, se procede al cumplimiento de las múltiples prestaciones que constituyen este contrato y que llevarán al fin perseguido, como es que el conjunto del sistema informático sea perfectamente operativo.

C) REDACCION, EJECUCION Y RESULTADO.

De todo lo estudiado, no podemos por menos que afirmar que las variantes que en la práctica pueden darse del contrato llave en mano, son innumerables, dependiendo de las prestaciones que pueden ser asumidas a través de este tipo contractual. Estas prestaciones en cualquier caso, deben establecerse con un minucioso cuidado, para evitar futuras confrontaciones.

Entre las prestaciones que pueden ser asumidas en este contrato, XAVIER LINANT DE BELLEFONDS y ALAIN HOLLANDE¹⁴⁶ hacen una triple clasificación entre las de estudio, prestaciones de ejecución y las complementarias. Incluyen entre las primeras: estudio previo, análisis crítico de lo existente, definición de funciones y servicios automatizables, elección de objetivos prioritarios del plan de informatización, formalización de una o varias soluciones, elaboración de un cuaderno de responsabilidades, análisis de ofertas y examen de cuentas, asistencia a la elección del material...

Entre las prestaciones de ejecución, a su vez, distinguen entre las que afectan al hardware, al software y a la puesta a punto del sistema. Dentro de las primeras incluyen: planing de instalación, preparación de los locales, acceso a los locales, entrega e instalación, plazo para la compra de la instalación, retrasos imputables al fabricante, retrasos imputables al cliente, casos de fuerza mayor, manual de documentación, periodo de garantía contractual, garantía de vicios ocultos, seguros, suerte de hardware en caso de quiebra... Respecto al software, las prestaciones son: elección eventual de programas standard, adaptación de estos programas, realización de programas-tests, modificaciones, plazo para la compra, retraso en la entrega de los programas-tests, casos de fuerza mayor, criterios de

■ ¹⁴⁶ XAVIER LINANT DE BELLEFONDS y ALAIN HOLLANDE.- Obra ya citada.

calidad para los programas, duración del periodo de puesta a punto, subcontratación, propiedad, patentes, derechos de autor y confidencialidad.

Las relativas a la puesta a punto del sistema serían: formación inicial del personal, organización de los diferentes puestos de trabajo, puesta a punto de los programas-tests sobre el hardware-test, creación y depósito de ficheros, procedimiento de recepción provisional, duración de la gestión y recepción definitiva.

Por último estos autores hablan de prestaciones complementarias, entre las que se incluyen: seguimiento de personal y formación, asistencia a la ejecución del sistema y prestaciones de mantenimiento.

Todas ellas aparecerán en el contrato de forma pormenorizada, siendo conveniente que se respete la clasificación de los citados autores, o cuando menos que la diferenciación se muestre claramente entre las prestaciones de estudio y de ejecución. Huelga decir que la empresa tecnológica asume la obligación de realizarlas a tenor de lo pactado para obtener el resultado que le ha sido demandado, siendo responsable de su ejecución, con independencia de las responsabilidades de aquéllos con quienes deban subcontratar.

Un punto fundamental en esta figura negocial, es el tiempo de ejecución. Como sabemos, en todo contrato un cumplimiento tardío equivale a un incumplimiento cuando menos parcial, y las responsabilidades del mismo deberán recaer en ese coordinador general y ejecutor que es la empresa tecnológica. Por supuesto, ello con independencia de la repetición que contra el último responsable pueda accionar aquélla, y junto con los mecanismos jurídicos que puedan emplearse para que también el cliente pueda accionar directamente contra el último responsable, de existir. Pero no debemos olvidar que estamos ante un contrato informático, por lo que la obligación de consejo, por parte de la empresa suministradora y la cooperación necesaria del cliente, adquieren unos tintes muy marcados.

Por otra parte, y precisamente por su carácter de contrato informático, la obligación de resultado a que en tantas ocasiones hemos hecho mención, debe ser matizada por un cierto azar, que posibilitará cláusulas más flexibles en cuanto al precio o el plazo, pero nunca se podrá alegar imposibilidad de cumplimiento por

la inexecución de un tercero, dado que su labor de gestor general conlleva su obligación de solventar estos supuestos, cuya responsabilidad también tendrá su reflejo en el precio¹⁴⁷.

Deberán, por el bien del contrato, fijarse estos supuestos exoneratorios, teniendo en cuenta el conocimiento especializado que debe observar la empresa tecnológica y que le impedirán liberarse de ciertas responsabilidades, alegando desconocimiento.

OTROS CONTRATOS INFORMATICOS.

Las modalidades contractuales que han sido estudiadas, se han seleccionado como las figuras más características de este nuevo ámbito contractual.

Evidentemente, existen muchísimos otros contratos que por recaer sobre bienes y servicios informáticos, podrían ser tratados en esta ponencia, pero que excederían a nuestras intenciones de determinar las líneas básicas y fundamentales de estos negocios, o supondrían una repetición absolutamente innecesaria de otras ponencias expuestas en estas jornadas.

Y así además de los contratos a que hemos hecho referencia, podemos mencionar los contratos sobre bases de datos, auditoría informática, back up contract, renting, transporte sobre material informático, seguro informático, y un largo etcétera.

CONCLUSIONES

A lo largo de este estudio, hemos intentado hacer un recorrido a través del ámbito contractual en que la Informática se presenta no solamente como el objeto del negocio jurídico, sino también como la peculiaridad y elemento diferenciador del mismo.

■¹⁴⁷ El art. 1.105 del Código Civil dispone " fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que previstos, fueran inevitables".

Desde un primer acercamiento a la contratación informática en general, en el que hemos tratado de poner de manifiesto, las características más peculiares de ésta, hasta el estudio concreto de algunas de las figuras más representativas, se puede observar cómo, si bien estamos inmersos en principio, en una normatividad clásica, de la que debemos partir, no podemos olvidar todas las diferencias y nuevas exigencias que el mundo negocial de nuestros días precisa.

Las notas específicas de la Informática como peculiar objeto contractual, incitan a su estudio pormenorizado, en el que se entremezclan distintas regulaciones (cronológicas y espaciales) y posiciones contrapuestas entre quienes dominan la nueva tecnología y quienes simplemente confían en que una legislación en ocasiones trasnochada, cubra y proteja posiciones jurídicas tan novedosas.

Somos conscientes de que la normativa vigente es la normativa a aplicar y es labor de los juristas, en colaboración con los profesionales de la Informática, encontrar acomodo entre ambas disciplinas. No preconizamos la promulgación de un sinnúmero de leyes que partiendo de cero, regulen la contratación informática, sino tan sólo una toma de conciencia por nuestro legislador de que la nueva vida negocial demanda mecanismos y protecciones adecuadas que no siempre es fácil encontrar en el ordenamiento vigente.

No obstante debe reconocerse también la progresiva adaptación que en el entorno jurídico se ha ido dando y la cada vez más abundante normativa que se refiere a este tema, tanto en el ámbito nacional, como europeo.

Pero es la Doctrina quien más empeño está haciendo en vislumbrar una salida a la multitud de problemas de acoplamiento que la contratación informática, ha creado en la práctica.

De las figuras contractuales en las que nos hemos detenido, podemos observar cómo las soluciones no siempre son coincidentes, y en muchas ocasiones exigen una labor interpretativa que nos puede conducir a posiciones un tanto inestables.

Por otra parte, ciertos nuevos contratos sí que exigen una regulación concreta y pormenorizada si se quiere asegurar un tráfico jurídico que mueve ingentes cantidades de dinero.

Es pues labor de todos los que de una u otra forma nos relacionamos con el mundo jurídico de manera profesional, estudiar y buscar las soluciones que requieren los nuevos contratos informáticos, solicitando del legislador, como ya se viene haciendo, que acople, modifique o cree, cuando ello fuere necesario, un Derecho que de esta forma cumpla su deber de reglamentar de manera precisa, la convivencia del hombre actual.