

# Clausulas Ilustrativas para la Negociación de Contratos de Bienes y Servicios Informáticos\*

**MANUEL HEREDERO HIGUERAS**

*Consejero Técnico de la Secretaría General Técnica del  
Ministerio de Justicia.*

## Clausulas Ilustrativas. Introducción

### I

Las presentes CLAUSULAS ILUSTRATIVAS no están concebidas como un contrato tipo que las organizaciones de usuarios o las Autoridades públicas de informática aspiren a imponer a los proveedores, a modo de un contrato de adhesión que constituyera una réplica o "contraoferta" con igual pretensión y alcance. Tal cosa no sería viable, pues para ello sería precisa una mayor integración de las organizaciones de usuarios a escala continental y, como condición de tal integración, una mayor uniformidad en cuanto a los fines o intereses de dichas organizaciones. Por otra parte, el uso de contratos tipo por los proveedores no siempre impide un margen de negociación de las condiciones

\* Trabajo realizado en septiembre de 1990, encargado por la Conferencia de Autoridades Latinoamericanas de Informática, programa de las Naciones Unidas para el desarrollo.

contractuales, sobre todo cuando los usuarios tienen una conciencia clara de sus intereses y de las necesidades que tratan de satisfacer mediante los contratos de bienes o servicios informáticos y además, aislada o conjuntamente, tienen una capacidad de demanda suficiente para poder negociar. Los contratos tipo pueden incluso no ser convenientes para los propios usuarios en la medida en que, según el caso, sean necesarias condiciones más flexibles y ventajosas para un usuario en concreto. Por ello, estas cláusulas son meramente ilustrativas, es decir, constituyen ejemplos de cómo puede y debe concebirse un contrato de bienes o servicios, o de ambos, referentes a la aplicación de las tecnologías de la información. Si en un caso concreto las partes están concordes en que estas cláusulas son aptas para definir los derechos y obligaciones que respectivamente están dispuestas a aceptar, el contrato podrá consistir en estas cláusulas, precedidas de la necesaria identificación de las partes más una fórmula de acuerdo al respecto. En caso contrario, las cláusulas ilustrativas podrán servir de marco de referencia para negociar las condiciones del contrato, suprimiendo, modulando o ampliando alguna o algunas en función del caso concreto. Sólo así será posible respetar el espíritu del Derecho de obligaciones y tomar como referente primordial el acuerdo de las partes y, únicamente en segundo lugar, a título supletorio, en su caso, las cláusulas ilustrativas. Objeto de la negociación deberá ser, por tanto, el conjunto de las cláusulas del contrato, no sólo el precio y las características de los bienes o servicios, como es habitual en los contratos de adhesión. Por ello, se ha procurado hacer extensivo a la mayor parte de las cláusulas el uso de anexos apéndices, suplementos, etc., con el fin de facilitar la plasmación, no sólo cuantitativa, sino asimismo cualitativa, de las prestaciones en concreto. Un tercer referente serán las normas de ius cogens de los Códigos civiles y de comercio de los ordenamientos jurídicos de los usuarios interesados. Este respeto al libre acuerdo de las partes tiene una limitación importante en este sector de las tecnologías de la información, que es la necesidad de respetar, a su vez, las normas, estándares y reglamentos técnicos aceptados en el sector. Los productos y servicios que requiere el uso de estas tecnologías están especialmente afectados por estas normas, precisamente porque las mismas se orientan a facilitar la interoperabilidad de productos y sistemas en aras de la máxima libertad de opción entre productos y servicios. Se trata, por ello, de una limitación de la autonomía de la voluntad del usuario que beneficia a éste, por lo cual las cláusulas ilustrativas han de aceptar, al menos una referencia a las normas de interoperabilidad. En los casos de equipos menores el cumplimiento de estas normas puede determinarse a partir de muestras de productos normalizados, que servirán de punto de referencia a efectos del cumplimiento o incumplimiento de las condiciones del contrato.

## II

Las cláusulas se basan en el principio de equivalencia o de *par esse debet ratio commodi et incommodi*. Es decir, aspiran a un equilibrio entre las prestaciones y contraprestaciones de las partes y a evitar situaciones de preeminencia de una de las partes, basadas en consideraciones trascendentes al mero acuerdo de voluntades (interés público, defensa de la industria, etc.), cuya sede debe estar en otras actuaciones. Las cláusulas están concebidas dentro del contexto del Derecho romanofrancés, en el cual se encuadran los ordenamientos jurídicos de los Estados de la Región. La uniformidad que en el plano conceptual y en el orden de los principios ofrecen los Derechos sudamericanos permite que las cláusulas ilustrativas tengan una homogeneidad conceptual dentro del sistema romanofrancés. Esto no es obstáculo a que, si se estima conveniente, se redacten para distintos países de la C.A.L.A.I. variantes de las presentes cláusulas ilustrativas, con el fin de recoger peculiaridades de un país en concreto, manteniendo, en todo caso, una misma concepción y espíritu. Una mínima uniformidad es, no obstante, conveniente dentro del ámbito de la C.A.L.A.I., como medio de facilitar una política unitaria de adquisiciones y de intercambio de servicios y de tecnología.

## III

No se incluye una relación o capítulo de definiciones. En los países del grupo romanofrancés las definiciones se ven con desconfianza, puesto que es difícil que no haya alguna excepción o alguna variante de los hechos que forman su substrato, que haga inservible la definición. Por ello, es más corriente darles una formulación más concorde con la finalidad que con las definiciones se persigue, de acotar o delimitar el ámbito de aplicación, haciéndolas preceder de la fórmula "a los efectos de las presentes, se entenderá por, etc." Por ello, se incluyen como cláusulas ilustrativas sendas acotaciones del ámbito de aplicación referidas a las nociones de contrato, proveedor, cliente, objeto del contrato, y otras que requieren una definición, no conceptual, sino normativa.

## IV

En la redacción de las presentes cláusulas ilustrativas se ha procurado que su tenor literal sea el propio de una escritura de contrato, sin más diferencia que la omisión de las circunstancias de las partes, pero a la vez rehuendo toda indeterminación que requiera una remisión a acuerdos más específicos de las partes en cuanto a las prestaciones objeto del contrato. El contenido variable de las prestaciones se define haciendo remisión a los anexos del contrato o a la documentación preparatoria, la cual, a su vez, se considera parte del contrato. No se incluye una relación limitativa ni indicativa de los anexos, con el fin de

dar mayor flexibilidad a la expresión del detalle de las prestaciones específicas de cada caso. A título de ejemplo, se incluyen en un apéndice modelos utilizados en los contratos del sector público elaborados por el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI) de México, y los del contrato modelo de mantenimiento de la Confederación de Asociaciones Europeas de Usuarios de las Tecnologías de la Información (C.E.C.U.A.). Asimismo, se han diferenciado las cláusulas definidoras de los derechos y obligaciones objeto del contrato y lo que son *pacta adjecta*, que, por su objeto, deberán dar lugar a contratos separados ulteriores, por lo cual sólo se incluye en el cuerpo de las cláusulas ilustrativas el compromiso de concertar tales pactos o contratos, con una indicación somera del contenido obligacional de los mismos.

## V

La práctica contractual ha ido creando, no unos tipos de "contratos informáticos", pero sí unas modalidades o variantes de contratos usuales, matizadas por el específico objeto del contrato. Se trata de meras variantes de la compraventa y el arrendamiento a su vez, en las variantes básicas de arrendamiento de bienes, *locatio operis* y *locatio operarum* o la cesión de derechos. Sin perjuicio de variantes atípicas, fruto de la coyuntura de cada caso, cabe indicar las siguientes variantes: a) compraventa de equipos, b) compraventa de sistemas, c) arrendamiento de sistemas, d) desarrollo de programas, e) compraventa de programas producto, f) cesión de uso de programas o *program licence*, temporal o indefinida, g) mantenimiento de equipos o sistemas, h) mantenimiento de programas. Estas variantes no siempre son autónomas, sino que ordinariamente están interrelacionadas y se condicionan mutuamente, bien porque los bienes objeto del contrato forman en la práctica una *universitas rerum* (caso del sistema), bien porque en beneficio del usuario o cliente conviene agregar alguno o algunos de estos contratos a otros como *pacta adjecta*. La *program licence*, creada por los proveedores por razones de mera conveniencia comercial, ha adquirido tal arraigo en la práctica que no podría ser ya erradicada, aun cuando en el plano estrictamente jurídico existen dudas fundadas acerca de su sustantividad con respecto a la compraventa, en especial cuando se trata de licencia o cesión por tiempo indefinido y con una única contraprestación no periódica, o con respecto al arrendamiento de cosas si se trata de cesión temporal o a plazo. Un conjunto o juego de modelos separados para las distintas variantes excedería del propósito de estas CLAUSULAS ILUSTRATIVAS. Por otra parte, buen número de cláusulas son comunes a todos los supuestos, lo cual llevaría a repeticiones innecesarias en cada uno de los modelos. Asimismo, en la práctica no es frecuente que los contratos tengan por objeto exclusivamente prestaciones traslativas de bienes, ni aun de bienes corporales únicamente, o de derechos, ni exclusivamente prestaciones de servicios, sino que lo normal es que comprendan prestaciones de diversa naturaleza. Por ello, no tendría interés alguno clasificar las cláusulas, bien por razón



del objeto (contratos sobre bienes materiales, contratos sobre bienes incorporales, contratos de servicios), bien por razón de los efectos (cláusulas o contratos traslativos de bienes o derechos, cláusulas o contratos de tracto sucesivo), ya que en un mismo contrato puede haber, y de hecho frecuentemente es así, cláusulas de uno y otro alcance: traslativas, de tracto sucesivo (uso a título de arriendo o licencia, mantenimiento, asistencia técnica, capacitación, etc.). A la vista de todo ello, las cláusulas propuestas cubren, por exceso, un hipotético contrato de objeto múltiple y cláusulas de diverso carácter. Mediante un asterisco se indican aquellas que, por su contenido, deben figurar en cualesquiera contratos. Las cláusulas propuestas siguen un esquema basado en la secuencia temporal teórica de la vida del contrato: definición de las prestaciones y contraprestaciones, sus modificaciones en el curso de la vida del contrato, efectos traslativos de los bienes o derechos, "patología" del contrato, y extinción.

## VI

En el sector público, estas Cláusulas Ilustrativas tienen su encuadre en el clausulado de los contratos que se conciertan una vez ultimado el procedimiento de licitación y adjudicación. En la concepción de las cláusulas no se ha hecho distinción alguna entre el sector privado y el sector público. En el sector público la negociación sigue unos cauces específicos, normalmente dentro del procedimiento administrativo de la licitación: las legislaciones permiten una negociación por la vía de las propuestas u ofertas alternativas que el oferente puede hacer dentro del marco que al efecto fija el pliego de la licitación. Un pliego de licitación bien concebido puede así servir de cauce a múltiples opciones en cuanto a las cláusulas y condiciones del contrato. Otra solución consiste en una negociación genérica y periódica entre los órganos responsables del sector público y los proveedores en su conjunto, o bien entre tales órganos y cada proveedor en concreto, por la vía de la homologación de unas cláusulas tipo a las cuales se haría remisión en los pliegos de licitación.

## CLÁUSULAS

### (\*) CLÁUSULA I. Expresión y contenido del contrato.

1. Son parte integrante del contrato no solamente el escrito en que constan la oferta y su aceptación y el conjunto de las presentes cláusulas, sino asimismo los anexos unidos a las mismas, así como cualesquiera otros escritos o documentos redactados durante la fase preparatoria o de negociación de las cláusulas, comprendida al efecto la correspondencia cruzada entre las partes.

2. El contrato contiene la expresión del consentimiento de las partes, quedando éstas obligadas en su virtud no sólo a lo que en él expresamente se pac-

ta, sino asimismo a todas las consecuencias que, de conformidad con la naturaleza de la obligación contraída, fueren conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

COMENTARIO. Según enseña la experiencia, la formación del consentimiento de las partes en un contrato es el resultado de un proceso a veces largo, jalonado de un conjunto de documentos, cartas, notas, etc. Frecuentemente, la interpretación de la intención de las partes requiere un análisis de toda esta documentación. Por ello, no cabría limitar la expresión de la voluntad de las partes a lo que consta en un documento determinado. Por otra parte, esta concepción amplia de la documentación integrante del contrato permite incluir en el contrato documentos previos tan importantes como la oferta o propuesta del proveedor; es práctica frecuente la de que, al promover las ofertas o consultar a los proveedores potenciales, se les advierte de que la oferta o propuesta será parte integrante del contrato (inclusion of proposal). De este modo el cliente dispone de un remedio más, en cuanto que si en el momento de la entrega o de las pruebas de recepción se observan discrepancias entre el equipo contratado y el ofertado, el proveedor podrá ser obligado a modificar el equipo para satisfacer las necesidades del cliente. Al margen de la dispersión documental de la voluntad de los contratantes, es principio de aceptación general de los ordenamientos jurídicos de la Región el de que el contrato obliga, no sólo a lo que se pacta expresamente, sino asimismo a todas las consecuencias que, según la naturaleza de la obligación, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley. Esta regla figura, por ejemplo, en el Código civil español (artículo 1258), o en el colombiano (artículo 1603). Más preciso es el artículo 1198 del Código civil argentino, según el cual los contratos deben "celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión". En la práctica, la limitación de la voluntad de las partes a lo que consta en la escritura, privada o pública, del contrato frecuentemente desemboca en la aceptación de un contrato de adhesión propuesto por el proveedor. Si bien dentro de los ordenamientos jurídicos de la Región, la forma escrita no es preceptiva, como resulta del Código civil argentino (artículos 1145, 1193) o del español (artículo 1278), entre otros, es recomendable que el contrato conste por escrito, pues de otro modo lo pactado y el objeto de lo pactado serían de difícil probanza.

(\*) CLAUSULA II. Partes.

1. En el presente contrato es proveedor la persona física o jurídica parte en el contrato que entrega los bienes o presta los servicios que se detallan en el contrato o en los anexos pertinentes y recibe la contraprestación prevista en el contrato o en los anexos pertinentes.

2. En el presente contrato es cliente la persona física o jurídica parte en el contrato que es destinataria de las prestaciones que se detallan en el contrato o en los anexos pertinentes y debe pagar la contraprestación o contraprestaciones detalladas en el contrato o en los anexos pertinentes.

3. Sin perjuicio de las prestaciones del contrato que, por su naturaleza, no son transmisibles, son parte en el contrato las personas físicas o jurídicas que, en caso de novación subjetiva, delegación, cesión del contrato o de los derechos o créditos que del mismo se derivaren, subrogación o herencia, sustituyeren en la relación contractual a las que figuran como proveedor y cliente en el momento de la perfección del contrato.

COMENTARIO. Es conveniente, en todo caso, precisar que por "proveedor" y "cliente" deben entenderse asimismo los herederos, cesionarios e incluso terceros. Los artículos 1195 y 1196 del Código civil argentino prevén esta posibilidad, sin más excepción que las obligaciones inherentes a la persona. En términos análogos se expresa el Código civil español, que limita la eficacia del contrato en caso de transmisión por causa de muerte a los supuestos de derechos y obligaciones que sean transmisibles o que puedan serlo por su naturaleza, en virtud de pacto o por disposición de la ley. Los derechos y créditos derivados del contrato pueden ser cedidos, de conformidad con lo previsto en los Códigos civiles (Código civil español, artículos 1526-1536; Código civil argentino, artículos 1434-1484). No se incluyen cláusulas separadas referentes a la cesión del contrato o de los derechos o créditos resultantes del contrato, por estimar que las legislaciones civiles contienen una regulación suficientemente explícita y, en lo esencial, de *ius cogens*, con relación a las distintas modalidades de sustitución de los sujetos de la relación contractual, sin que, por otra parte, el contexto específico de estos contratos requiera previsiones específicas. Aun cuando normalmente se darán en la misma persona las cualidades de cliente y usuario, se ha preferido utilizar la voz "cliente", en lugar de "usuario" o "consumidor", por tratarse de la persona que es elemento personal de la relación contractual, en tanto que el usuario, sobre todo el usuario final, puede hallarse en una relación, contractual o de otra naturaleza, con respecto al cliente.

(\*) CLAUSULA III. Cláusulas nulas, inválidas, ineficaces o abusivas.

1. Si alguna o algunas de las cláusulas del contrato resultare ser nula, inválida o dejare de surtir efectos entre las partes, cualquiera que fuere la causa, las restantes cláusulas del contrato seguirán siendo válidas y seguirán surtiendo efectos entre las partes, excepto en el caso de que las prestaciones o contraprestaciones objeto de la cláusula o cláusulas nulas, inválidas o ineficaces, hubieran sido determinantes de la oferta o de la aceptación, de tal suerte que sin tales prestaciones o contraprestaciones una de las partes o ambas no hubieran celebrado el contrato.

2. Si, en razón del contexto tecnológico o comercial, resultare que alguna o algunas de las prestaciones del contrato dan lugar a unas consecuencias abusivas para las partes, las cláusulas correspondientes se tendrán por no puestas, subsistiendo la validez y eficacia de las restantes cláusulas y prestaciones del contrato.

COMENTARIO. Esta cláusula transpone la doctrina del favor negotii al contexto contractual. Esta doctrina ha de admitirse en beneficio del usuario, en la medida en que las cláusulas abusivas no invaliden el contrato, aun cuando hubieran sido determinantes de la oferta o la aceptación, pero subsista la validez de las que no fueren abusivas. Puede ser un perjuicio para el usuario resolver el contrato y renunciar a la ventaja económica o tecnológica que el interesado persiguiera con la celebración del contrato. Esta solución concuerda con la adoptada por las legislaciones de condiciones generales de contratación, como la ley alemana de 1976 (parágrafo 6) o el anteproyecto español de 1988 (artículo 27).

#### (\*) CLAUSULA IV. Objeto del contrato.

Objeto del contrato es la entrega de los bienes, la prestación de los servicios y la creación o desarrollo de los programas que, respectivamente, se detallan en los anexos del contrato, en contraprestación del pago del precio que asimismo se detalla en los anexos pertinentes, de conformidad con las cláusulas del contrato, así como el compromiso del cumplimiento ulterior de los pactos adicionales que se prevén en el contrato.

COMENTARIO. Lo que cualifica y distingue a los contratos referentes a bienes o servicios informáticos es su objeto. Aun en el supuesto más frecuente, el de la compraventa o arrendamiento de un equipo o sistema, no se trata de un contrato en el que las obligaciones de las partes se limiten a la entrega de la cosa y al pago del precio, sino que comprende otras prestaciones, que son lo que confiere su peculiaridad al contrato: los bienes tienen que ser instalados, los locales en los que deben serlo han de ser habilitados, etc. En la mayoría de los casos se entregan, desarrollan o adaptan programas, que constituyen obras del ingenio o bienes incorporales. El contrato a veces comprende unos pactos adjecta a cuya celebración se obligan las partes. Por ello, no es posible, ante esta heterogeneidad de prestaciones, determinar de antemano, de una manera precisa, la totalidad del objeto del contrato. Esa es la razón de que en ésta y otras cláusulas se haga remisión a unos anexos en los cuales deberá figurar pormenorizadamente todo aquello que constituye el contenido variable del contrato: detalle de los bienes, servicios a prestar, precios, revisiones de precios, prestaciones de mantenimiento, plazos de entrega, modalidades de pago, etc. Tampoco es conveniente, de otra parte, normalizar los anexos, ni aun en lo referente a la modelación impresa, ya que con ello se perdería flexibilidad en la negociación. Se incluyen, no obstante, unos ejemplos concretos en el Apéndice.

(\*) CLAUSULA V. Modificación del objeto del contrato.

1. Si el cliente propusiere modificaciones de las prestaciones objeto del contrato, que requirieren incorporar al sistema o a los productos o programas objeto de las prestaciones del contrato productos o dispositivos de otros proveedores, el proveedor advertirá, en su caso, de cualesquiera consecuencias adversas que, para el funcionamiento del sistema, llevara consigo la incorporación propuesta, y dará al cliente la información y asistencia necesarias para instrumentar la incorporación.

2. Si el cliente hiciere modificaciones o incorporaciones de dispositivos o productos sin consultar al proveedor acerca de las posibles consecuencias de la modificación o incorporación, el proveedor tendrá derecho a ser reembolsado de los gastos que probare que son resultado de la modificación o incorporación y quedará exonerado de responsabilidad por las demoras que, en cuanto a la recepción de los bienes o servicios ocasionare la modificación o incorporación.

3. El proveedor se obliga a poner a disposición del cliente, aun después de cumplido el contrato, sin variación del precio, cualesquiera modificaciones del objeto del contrato que perfeccionaren el rendimiento de los equipos, o su capacidad de proceso o de integración, así como a hacer los cambios y sustituciones que su incorporación a los equipos objeto del contrato requiriere, de acuerdo con el anexo que se extendiere al efecto.

4. El proveedor reconoce al cliente un derecho de opción sobre nuevos dispositivos o elementos, físicos o lógicos, que perfeccionaren los equipos, elevando el nivel de rendimiento o capacidad por encima de unos valores indicados al efecto en el anexo pertinente, a los precios de coste e instalación que, en su caso, figuraren en el anexo extendido al efecto.

5. El cliente podrá dar de baja o sustituir parte de los equipos o dispositivos o elementos en concreto, antes de la fecha que al efecto se indica en el anexo pertinente.

\* COMENTARIO. Uno de los recursos más utilizados por los proveedores durante los años de las denominadas primera, segunda y tercera generación de ordenadores, para asegurarse una demanda y una clientela regulares, fue la incompatibilidad entre sistemas de distinto fabricante. Esto creaba una situación típica de lo que en el Derecho norteamericano se conoce por *tie in, tying contracts*, y en la doctrina alemana *Kopplungsverträge*. El cliente quedaba a merced del proveedor para toda ulterior ampliación o modificación de la capacidad y rendimiento del sistema, a menos que optara por lo que después se llamaría "migración". Este problema no tenía una solución por vía contractual, ya que era notoria la desigual posición de las partes en los contratos. Por ello, la solución se acometió en el plano técnico y con carácter general. En los años se-

tenta empezaron a surgir sistemas compatibles con los de los principales proveedores, y fue en la década de los ochenta cuando el problema fue acometido a escala internacional por la vía de las normas ISO de arquitectura de sistemas abiertos o "normas OSI" (open systems interconnection). Dentro del marco de la Comunidad Económica Europea, y como medio de ejecutar el principio de la libre circulación de bienes y productos, proclamado por el Tratado constitutivo de la Comunidad, fueron aprobadas por el Consejo de las Comunidades disposiciones normativas diversas, tales como la Decisión 87/95/CEE, de 22 de diciembre de 1986, y las Directivas 83/189/CEE, 88/182/CEE, y 86//361/CEE, relativas a los productos de teleinformática. La exigencia de que los sistemas se ajusten a las normas de interoperabilidad de productos con respecto a los sistemas no supone un desequilibrio contractual a favor del usuario. Hay que tener en cuenta que en los trabajos de elaboración de las normas ISO o de las nacionales correspondientes están presentes los fabricantes, en la medida en que, antes de que la Organización Internacional de Normalización apruebe una norma, cada fabricante ha sido debidamente consultado. No obstante, en aras de la equidad de las cláusulas contractuales, es conveniente que ambas partes tengan la posibilidad de precisar las prestaciones en este ámbito, reservándose el cliente el derecho a ser advertido por el proveedor de los posibles efectos adversos de la incorporación de dispositivos físicos o lógicos de otro proveedor o fabricante, y, a su vez, el proveedor el derecho de inhibirse de las consecuencias desfavorables de la incorporación, cuando el usuario lo hace sin consultar previamente con el proveedor, con reembolsos de gastos, en su caso.

#### CLAUSULA VI . Mantenimiento de equipos.

1. El proveedor se obliga al mantenimiento preventivo, sistemático y correctivo de los bienes, así como a la sustitución de las piezas defectuosas, de conformidad con el calendario y demás previsiones que se detallan en los anexos pertinentes.
2. El cliente tiene derecho al resultado de que los equipos y programas funcionen de conformidad con sus características y funcionalidad.
3. El proveedor concede al cliente derecho no exclusivo a usar los programas de diagnóstico o telediagnóstico que se relacionan en el anexo pertinente, desarrollados por el proveedor o por terceros para averiguar y determinar los fallos del equipo, su causa, localización y corrección.
4. El uso de los programas de diagnóstico o telediagnóstico, así como la responsabilidad del proveedor y del titular de los derechos de autor o explotación de los programas, por los perjuicios que, en su caso, se irrogaren al cliente por fallos del servicio de mantenimiento imputables a funcionamiento defectuoso del programa se ajustarán a las condiciones que se detallan en el anexo.



COMENTARIO. No es posible determinar un contenido normalizado o mínimo del mantenimiento, puesto que las prestaciones de este servicio han de estar en función de las características del equipo y del papel más o menos crítico o estratégico que dentro de la organización del cliente corresponda al equipo o al sistema del que formare parte. No siempre será preciso un contrato: en el caso de los microordenadores puede y debe bastar un mantenimiento por llamada, es decir, un mantenimiento meramente correctivo, en el que se pacte únicamente un tiempo de reacción o respuesta del proveedor. Tratándose de grandes sistemas, la práctica ofrece dos grandes opciones: un contrato por el que el proveedor se obligue a un resultado, consistente en la permanencia del equipo en estado de cumplir las funciones que, según su naturaleza, les correspondan, a cambio de una contraprestación (contrato de iguala); o un contrato por el que el proveedor del servicio se obligue a unos medios, tales como unos tiempos de servicio y la sustitución o reparación de piezas, a cambio de un precio por unidad de tiempo y por materiales reparados o sustituidos (contrato de tiempo y materiales). Estas modalidades inciden diversamente en la responsabilidad del cliente o del proveedor en los casos de mora o negligencia del proveedor o de deficiencias de la prestación del servicio. El contrato basado en el resultado lleva consigo un especial rigor, que exige unas garantías de tiempos máximos entre averías (MTBF), o de reparación (MTTR) y la obligación de asumir unas prestaciones sustitutorias, como servicios de reserva a cargo de especialistas subcontratados para el caso de que se excediere el tiempo medio de reparación (MTTR), o una suplencia del equipo mediante otro de cobertura.

La norma ISO 2382/14, que contiene un vocabulario normalizado sobre Fiabilidad y Mantenimiento, ofrece un conjunto de puntos de referencia para negociar el contenido del servicio de mantenimiento: a) fiabilidad y fallos: fiabilidad, durabilidad, MTBF (tiempo medio entre fallos), MTTF (tiempo medio hasta el primer fallo), MTTR (tiempo medio de reparación), MDT (tiempo medio de caída), tasa de fallos, fallos revelados por programa, fallos revelados por datos; b) disponibilidad: disponibilidad, servibilidad, tiempo útil, tiempo de explotación, tiempo de indisponibilidad, tiempo muerto, tiempo de producción de programa, tiempo de ensayo del sistema, recuperación automática (hot standby), recuperación manual (cold standby), seguridad integrada, funcionamiento en estado degradado, temporizadores, cierre de sesión (logout), análisis de cierre de sesión (logout analysis), estado de incapacidad (outage), rodaje (burn in), tiempo de reanudación, redundancia; c) mantenimiento: árbol de mantenimiento, mantenibilidad, apouyo al mantenimiento, mantenimiento correctivo, mantenimiento controlado, mantenimiento preventivo, mantenimiento programado, telemantenimiento, test marginal, diagnóstico, microdiagnóstico, programa de prueba y diagnóstico. Todos estos conceptos presuponen, a su vez, el de unidad funcional, definido asimismo en otros capítulos de la norma de vocabulario ISO 2382, y hacen referencia a los estados que puede adoptar una unidad funcional desde el punto de vista de su mayor o menor fiabili-



dad y disponibilidad, los cuales, a su vez, condicionan el uso de unas técnicas o modalidades del servicio de mantenimiento.

Es cada vez más frecuente servirse de programas como medio o instrumento de prestación de servicios, entre ellos el diagnóstico de averías y localización de los fallos de un equipo o sistema. En tales casos se hace necesario salir al paso de posibles abusos del derecho de autor, sobre todo cuando es un tercero y no el fabricante el que se hace cargo del mantenimiento (third party maintenance) y tiene que usar programas creados o desarrollados por el fabricante o incluso por otros proveedores del servicio de mantenimiento. El mantenimiento puede prestarse, y de hecho se presta, usando de dispositivos de control a distancia (telemantenimiento), en cuyo caso el proveedor ha de hacer uso de programas de telediagnóstico. En tales supuestos debe lograrse un equilibrio entre los legítimos derechos del titular del programa y los intereses del usuario del equipo o sistema en relación con prestaciones tan críticas como el servicio de mantenimiento. Es uno de los ámbitos en los que la negociación puede y debe completar o suplir el régimen del derecho de autor.

Esta complejidad de los resultados que pueden ser objeto de las prestaciones del servicio de mantenimiento aconseja dejar el detalle concreto de tales prestaciones a los anexos del contrato, reservando al clausulado del contrato todo aquello que constituyan opciones o modalidades que tengan una incidencia en los derechos y obligaciones de las partes.

#### CLAUSULA VII. Mantenimiento de programas.

1. El proveedor se obliga a concertar un contrato de mantenimiento de los programas, cuyas prestaciones comprenderán, en todo caso, la corrección de errores, la instalación de opciones, la adaptación, en su caso, al sistema y las modificaciones que, sin constituir un programa derivado, requirieren las variaciones y alteraciones de los métodos o procesos de gestión del cliente.

2. El cliente podrá optar entre la entrega del código fuente a los solos efectos de la ejecución de las prestaciones de mantenimiento y la puesta a disposición de un ejemplar del código fuente depositado en poder de una persona o institución de confianza del proveedor.

COMENTARIO. Esta cláusula sale al paso de la práctica de considerar "mantenimiento" la sustitución de las versiones del programa dadas en licencia por versiones posteriores más perfeccionadas. La cláusula recoge asimismo la práctica creada en algunas Administraciones públicas de convenir en los contratos de cesión de uso de programas la revelación del código fuente al usuario a los solos efectos del mantenimiento correctivo, así como la práctica, igualmente habitual, de depositar el código fuente en un Banco u otra institu-

ción análoga, reservando al usuario un derecho de consulta del código fuente a los mismos efectos.

#### (\*) CLAUSULA VIII. Capacitación.

El proveedor se obliga a impartir cursos de formación, en el número, contenido, horas lectivas, locales y demás extremos que se relacionan en el anexo pertinente, a cargo de profesores o instructores competentes, cuya calificación profesional y experiencia asimismo se detallan en el anexo, y a facilitar el material docente que se prevé en el anexo.

COMENTARIO. Cualquiera que sea el equipo o sistema en concreto, el dinamismo de la tecnología impide que los usuarios puedan estar siempre en condiciones de poder utilizarlos sin una previa capacitación. Por ello, no sería equitativo limitar las prestaciones del contrato a la mera entrega de unos equipos o productos que superen unas pruebas de recepción. Por otra parte, al margen de las prestaciones de asistencia técnica que deberán incluirse en los contratos, siempre será necesario en algún momento resolver sobre el terreno problemas de utilización. Todo ello da lugar a la necesidad de una mínima transferencia de tecnología que capacite al personal del cliente y a los usuarios del mismo dependientes para poder utilizar de forma continuada el equipo o programa. La asistencia a cursos regulares ofrecidos por instituciones docentes puede ser una primera solución; en su defecto, será preciso que el proveedor ponga a disposición del cliente un personal instructor especializado en sus equipos en concreto, y que asimismo conceda al cliente un derecho a enviar a su personal a cursos que se impartieren ulteriormente. Esta prestación deberá ser negociada tomando como marco de referencia estas modalidades. Una vez más, estas prestaciones deben ser objeto de negociación que se plasme, cuantitativa y cualitativamente, en unos anexos específicos.

#### CLAUSULA IX. Asistencia técnica.

1. El proveedor se obliga a prestar al cliente, gratuitamente, a su personal y a sus usuarios finales, la asistencia técnica que se expresa en el anexo pertinente hasta el total máximo de horas hombre que en el anexo se detalla y, en cuanto excediere de dicho total máximo, por los precios y tarifas que asimismo se indican en el anexo.

2. El proveedor se obliga a poner a disposición del cliente, al objeto de la prestación de los servicios de asistencia técnica que constan en el anexo pertinente, personal cuya formación, nivel de competencia profesional, dedicación, seguros, y compromiso de observancia de las normas de seguridad y confidencialidad se detallan en el anexo.

3. El proveedor no responde de un resultado determinado de las prestaciones de asistencia técnica.

COMENTARIO. A título indicativo pueden enumerarse como conceptos de asistencia técnica los siguientes: concepción de sistemas, programación, ayudas a la programación, adaptación de programas, concepción de bases de datos, conversión de datos y ficheros, distribución en planta, instalación física, asesoramiento en organización y dirección, gestión de proyectos. Estas prestaciones pueden dar lugar a contratos separados, según la importancia que en cada caso ofrezcan. En el anexo correspondiente deberá especificarse el resultado de la negociación a este respecto, indicando el coste, en su caso, o si las prestaciones de asistencia técnica van incluidas en el precio del contrato. La obligación que contrae el proveedor sólo puede ser de medio, no de resultado, pues, de lo contrario, habría un notorio desequilibrio debido a la aleatoriedad del resultado de estas prestaciones.

#### CLAUSULA X. Documentación.

1. El proveedor se obliga a entregar al cliente la documentación y manuales de uso y explotación que se detallan en el anexo pertinente.

2. El proveedor se obliga a entregar, en el plazo y en los términos que constan en el anexo pertinente, la documentación explicativa de los programas objeto del contrato.

3. El proveedor se obliga a entregar al cliente, sin previa petición, información sobre toda documentación que produjere con relación a nuevos productos o servicios relacionados con el objeto del contrato, con expresión del número de ejemplares que el cliente pudiese obtener gratuitamente y previo pago, en su caso.

4. La documentación, los manuales de uso y explotación de los equipos y programas, y las interfaces de usuario de los programas se entregarán en lengua española.

5. El cliente se obliga a utilizar los equipos y los programas sólo de conformidad con las instrucciones e indicaciones contenidas en la documentación que consta en el anexo.

6. El cliente se obliga a la observancia de los derechos de propiedad intelectual que corresponden al proveedor sobre los distintos elementos de la documentación.

COMENTARIO. La exigencia de aportar una documentación no tiene como única finalidad la de facilitar o posibilitar al usuario la utilización racional de los equipos y programas, sino que, a la vez, acarrea la obligación del cliente de ajustarse en su utilización a las orientaciones del proveedor, contenidas en la documentación, de tal manera que el proveedor decline su responsabilidad por fallos que se deban a un uso no conforme con sus instrucciones. El proveedor normalmente tendrá unos derechos de propiedad intelectual, morales o patrimoniales, o ambos, sobre la documentación: a diferencia del caso de los programas, que constituyen una obra del ingenio de naturaleza específica, se trata de obras literarias o técnicas, incluso pictóricas entre ellas la interfaz de usuario de los distintos programas, que es una obra de autoría distinta del programa, pero asimismo acreedora a la protección del derecho de autor, pero sobre las cuales existe un derecho de autor que el cliente debe respetar, solicitando las autorizaciones pertinentes en caso de reproducción o difusión, aun dentro de su organización.

(\*) CLAUSULA XI. Precio.

1. El precio comprenderá la suma de los conceptos que al efecto se detallan en el anexo pertinente, incluidos, en su caso, los impuestos, derechos de aduanas y demás exacciones públicas, sin perjuicio de las revisiones previstas al efecto en el anexo pertinente o en otras cláusulas o documentos del contrato.

2. Los abonos a cuenta se entenderán convenidos con sujeción a la condición resolutoria de la superación satisfactoria de las pruebas de recepción.

3. El precio se hará efectivo en moneda de curso legal del país del cliente.

COMENTARIO. La fijación del precio tiene varios hitos muy definidos. En primer lugar, el momento de la perfección del contrato; segundo, la entrega de los bienes; tercero, el plazo de vigencia del contrato; por último las ampliaciones o modificaciones futuras del objeto del contrato. Asimismo, según la naturaleza del servicio: mantenimiento, repuestos, suministros de consumibles. En la negociación deben tenerse presentes estos momentos y procurar conseguir unos precios que no varíen unilateralmente en estos momentos de referencia: es lo que en la jerga contractual se viene denominando *price protection*. Las cláusulas relativas al precio no ofrecen otra particularidad que la necesidad de respetar un principio no dispositivo de los Códigos civiles, el de que el señalamiento del precio no podrá nunca dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (artículo 1449 del Código civil español, 1666 del uruguayo, 13491351 del argentino). Es práctica corriente la de que en los contratos de adhesión o en contratos en concreto se prevean cláusulas de revisión de precios en las que la revisión se vincula a las variaciones de la cotización de productos estratégicos, como el cobre, por ejemplo, en determinadas Bolsas de mercan-

cías. Este criterio es válido, pero debe ser convenido de común acuerdo, no impuesto por una de las partes, pues ello invalidaría el contrato, en la medida en que su cumplimiento quedaría a merced de una de las partes (artículo 1256 del Código civil español).

A título indicativo cabe enumerar como conceptos del precio los siguientes: precio o coste del equipo o, en su caso, del uso a título de arriendo, cuantificación del uso en horas o jornadas, o ambas, comprendidas y no comprendidas en el precio del arriendo, precio de la licencia o cesión del uso de los programas, precio del mantenimiento, costes del transporte, desembalado, instalación, suministros de material fungible y consumible, repuestos, servicios.

## CLAUSULA XII. Precio del arrendamiento.

1. El precio del arrendamiento se satisfará de una sola vez, por cantidades anuales, o según utilización medida por contador o según otra modalidad, o en parte por un sistema y en parte por otro, según se detalla con relación a cada equipo, dispositivo o elemento en el anexo pertinente.

2. Si el cliente ejerciere la opción a compra sobre equipos que, en virtud del contrato, utilizare a título de arriendo y que se relacionan, con expresión de los plazos y precios de arrendamiento en el anexo pertinente, se deducirán del precio de compra fijado en el anexo a tal efecto, las cantidades que resultaren de aplicar la fórmula prevista al efecto en el anexo.

3. El proveedor se obliga a prestar al cliente durante la vigencia del contrato un servicio de mantenimiento preventivo, correctivo y sistemático, de acuerdo con lo previsto al efecto en el anexo pertinente.

COMENTARIO. El arrendamiento o locación ha venido siendo considerado como un tipo contractual a evitar, ya que, si bien puede ofrecer ventajas para el usuario en la medida en que facilite el acceso a nuevos equipos y su rápida actualización, tiende asimismo a crear una dependencia con respecto a un proveedor. Por otra parte, existen razones de costerendimiento que no lo aconsejan, por cuanto que es frecuente prolongar el plazo del arriendo por ácita reconducción, de tal manera que en cifras absolutas el valor real del sistema ha sido pagado mientras el usuario sigue todavía satisfaciendo el precio del arriendo. En todo caso, la opción entre la locación y la compraventa deberá ser función de las circunstancias y necesidades del caso.

La especialidad que ofrece el arrendamiento en el plano de las cláusulas estriba en el precio, las garantías y las prestaciones no estrictamente reales que deban incluirse en el contrato (mantenimiento, etc.). Por lo que respecta al pre-

cio, su determinación está estrechamente relacionada con la responsabilidad contractual del arrendador, en la medida en que la puesta de manifiesto de vicios ocultos del equipo acarree deducciones del precio: estas deducciones son compatibles con el contrato de locación, puesto que se trata de cláusulas penales de carácter meramente liquidatorio. Para determinar las deducciones caben fórmulas diversas. En el Derecho español (pliego general de contratos informáticos de la Administración pública, aprobado por Decreto 2572/1973) la fórmula se basa en la diferenciación del precio del arriendo y el de mantenimiento, de tal manera que las deducciones sólo pueden referirse al precio del mantenimiento, pero no al del arriendo. La fórmula consiste en deducir del precio mensual del mantenimiento, en los casos de averías o caídas del sistema, un porcentaje que guarde con dicho precio la misma proporción que el exceso de tiempo debido a la avería o caída del sistema representa sobre el tiempo garantizado en el contrato en concepto de MTBF o MTR. Para los casos de utilización en tiempo real, la fórmula es función del número de paradas o de detenciones del servicio.

Es consustancial al arrendamiento la obligación de mantener la cosa arrendada en estado de servir para el uso a que ha sido destinada. Así lo entienden el Código civil español (artículo 1554, 2º), el uruguayo (artículo 1796, 2º) o el colombiano (artículo 1982, 2º) o, con mayor precisión, el artículo 1515 del Código civil argentino. Nada se opone, en principio, a que el locador contrate, a su vez, la prestación de los servicios necesarios para mantener el sistema o equipo en estado de servir para su propio uso. En tal caso, a diferencia del supuesto de mantenimiento por terceros o *third party maintenance*, en el cual existen dos contratos, entre el comprador y el vendedor, y entre el comprador y el prestador del mantenimiento, se trataría de un subcontrato entre el locador y un tercero, pero de tal manera que el arrendador seguiría respondiendo ante el arrendatario. Cfr. la cláusula XXII2.

### CLAUSULA XIII. Deducciones del precio.

1. El proveedor deducirá del precio el importe en que hubiera evaluado, aplicando los criterios previstos al efecto en el anexo pertinente, equipos o productos obsoletos o en desuso, de su fabricación o de otros proveedores, utilizados por el cliente con anterioridad a la perfección del contrato y ofrecidos por éste a título de dación en pago.

2. El precio no se hará efectivo hasta tanto hubiere sido extendida el acta de recepción de los bienes, productos o servicios y, en todo caso, dentro del plazo y en la forma previstos en el anexo pertinente.

3. Si en la fecha de la recepción el proveedor adeudare al cliente cantidades de dinero como consecuencia del contrato o de otro contrato anterior o

posterior a la perfección del contrato y concertado igualmente entre las partes, el cliente podrá deducir tales cantidades del importe del precio.

COMENTARIO. Es práctica corriente la de que cuando se concierta un contrato de compraventa de un equipo o sistema, el proveedor ofrezca deducciones del precio si el cliente le cede gratuitamente equipos del mismo proveedor o de otros proveedores o fabricantes. Esta práctica es conforme con la libertad de contratación y no existe obstáculo en los Códigos civiles para su observancia.

#### CLAUSULA XIV. Revisión de precios.

1. Si el importe de alguno o algunos de los conceptos del precio hubiera sido determinado sobre la base de precios de tarifa y éstos bajaren antes de la fecha del acta de recepción, el cliente tendrá derecho a una reducción equivalente.

2. Si el cliente propusiere modificaciones de las prestaciones objeto del contrato que acarrearán alzas o bajas en el precio o requirieren un plazo adicional de cumplimiento, o ambas cosas, el proveedor revisará el precio en la cuantía del alza o la baja, pudiendo acogerse, a su conveniencia, a la prórroga que procediere.

3. El precio del mantenimiento sólo será objeto de revisión en los supuestos previstos en el anexo pertinente y de acuerdo con los parámetros incluidos en el mismo al efecto.

4. Para el caso de mora en la entrega de todo o parte de los equipos, se deducirá del precio la cantidad que, en función de la mora y de su incidencia en el funcionamiento del sistema o conjunto de los equipos, se prevé en el anexo pertinente.

COMENTARIO. La revisión de los precios ofrece una fisonomía distinta si se trata de contratos traslativos de bienes o derechos o de contratos de tracto sucesivo. En el primer supuesto no tiene justificación, en principio, la revisión del precio, puesto que, una vez entregados los bienes o terminados los servicios, y extendida el acta de recepción, el contrato se consuma, aun cuando sus efectos perduren en lo referente a las garantías. El problema surge en los contratos de tracto sucesivo. Excepto en las Administraciones públicas, en las que el mecanismo del presupuesto anual y la consiguiente imposibilidad de prever el comportamiento del Legislativo en ejercicios futuros obliga a concertar los contratos de tracto sucesivo por plazos anuales, lo normal es que tales contratos sean concertados como contratos sin plazo fijo o prorrogables por tácita reconducción. En el sector público, lo normal es el contrato a plazo fijo, con lo



cual, una vez extinguido el contrato, la renovación o la celebración de un contrato nuevo servirá de cauce a la revisión del precio. En el sector privado, por el contrario, es preciso prever unos mecanismos de revisión del precio. Para ello es preciso fijar un punto de referencia, objetivo y externo a las partes, como, por ejemplo, un índice de variación del coste de la mano de obra, del coste de los materiales, o de ambos, o bien un índice oficial de precios. La máxima objetivación se logra arbitrando fórmulas polinómicas, basadas, bien en unos costes que no varían durante la vigencia del contrato, bien en costes variables; esta segunda opción es más adecuada a la situación económica de la Región, en la medida en que permite tener en cuenta la proporción en que pueda incidir la inflación en los diversos costes. Las fórmulas polinómicas pueden completarse con un calendario de revisiones del precio.

#### CLAUSULA XV. Pruebas de recepción.

1. Entregados e instalados los bienes dentro de los plazos, prorrogables o no, previstos en el anexo pertinente, y en los locales previstos por el cliente, se comprobará si los bienes, productos y servicios son conformes con las necesidades definidas por el cliente en la documentación preparatoria del contrato, sometiéndolos a las pruebas de aptitud previstas al efecto en el anexo pertinente o a las pruebas que el cliente propusiere con la antelación debida.

2. Las pruebas se llevarán a cabo de acuerdo con el calendario previsto en el anexo pertinente o, en su defecto, en las fechas que el proveedor y el cliente acordaren, a reserva de la facultad del proveedor de comunicar con la antelación debida al cliente la fecha efectiva de iniciación de las pruebas.

3. Si en la práctica de las pruebas el proveedor incurriere en mora con respecto al calendario previsto en el anexo pertinente y la mora no fuere imputable al cliente, el cliente podrá proceder a la práctica de las pruebas a expensas del proveedor.

4. Si de las pruebas de recepción resultare que los bienes, productos o programas no cumplen las exigencias de interoperabilidad de sistemas, el cliente podrá optar entre resolver el contrato o exigir la sustitución de los bienes, productos o programas por otros que cumplieren tales requisitos, sin perjuicio del reembolso de los gastos que las demoras irrogaren al cliente.

5. Entregados e instalados los programas, el proveedor procederá a la práctica de las pruebas previstas en el anexo pertinente y en la documentación del programa, con el fin de comprobar la funcionalidad e idoneidad del programa sobre la base de las necesidades definidas por el cliente en la documentación preparatoria del contrato y de las especificaciones de la documentación del programa.

6. Si las pruebas de recepción mostraren que el funcionamiento de los bienes o el resultado de los servicios no son conformes con lo que al respecto figurare en el material publicitario o informativo entregado al cliente por el proveedor, aun cuando formalmente no fuere parte de la oferta o no hubiera sido incluido en el contrato, el cliente podrá optar entre la sustitución de los bienes o servicios, el pago de la parte de la prestación cumplida satisfactoriamente, o la redhibición o resolución del contrato.

COMENTARIO. En los contratos informáticos, la entrega de los bienes objeto del contrato o de aquellos que fueren resultado de las prestaciones cuando el objeto del contrato es un servicio o una actividad, no consiste en la mera tradición o puesta a disposición, sino que se descompone en varias fases o momentos sucesivos. Un primer momento es la puesta a disposición de los bienes, que puede tener lugar en el país de origen o fabricación de los bienes, a lo cual sigue la entrega de los equipos o productos embalados, amparados por unos albaranes o relaciones. Ni aun después de que hayan sido extraídos de los bultos o cajas, puede hablarse de entrega, ya que ésta no se perfecciona hasta que ha tenido lugar satisfactoriamente la recepción. Estos momentos sucesivos no tienen efectos jurídicos desde el punto de vista del cumplimiento del contrato. Antes de la recepción sólo se han entregado unos bienes genéricos y como tales son sustituibles, ya que *genus nunquam perit*. Hasta la recepción no entra en juego el plazo de garantía, sino que los bienes que no superen las pruebas de recepción deberán ser sustituidos. Sólo una vez hecha la recepción y concretado el género en cosa específica, debidamente identificada por números de serie, etc. entrará en juego el plazo de garantía. Es posible, no obstante, una responsabilidad por mora si una de las partes retrasa injustificadamente, bien la puesta a disposición o la entrega del *genus*, bien la iniciación o la práctica de las pruebas de recepción.

La recepción deberá asimismo comprobar si las características que el proveedor atribuye a los bienes en sus documentación publicitaria es o no conforme con la realidad. Este problema ha dado lugar a la llamada "doctrina de la integración publicitaria del contrato", que ha pasado a las legislaciones reguladoras de la publicidad y de la defensa de los consumidores y usuarios, así como a las legislaciones de seguros. Los Códigos civiles no habían resuelto el problema de los contratos celebrados por error creado por la publicidad acerca de las cualidades reales de las cosas o servicios objeto del contrato. Los Códigos civiles sólo preven que las partes hayan celebrado el contrato sin error, violencia o dolo, pero no el caso del error inducido por la publicidad. Según esta doctrina, la publicidad de un bien debe considerarse que cumple la función de una oferta, ya que el comprador se guía por las afirmaciones hechas en la publicidad. La doctrina ha pasado al artículo 8 de la ley española de Defensa de los Consumidores y Usuarios (ley 26/1984): "La oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios, se ajustarán a su naturaleza, características, condiciones, utilidad y finalidad". "Las prestaciones pro-

pias de cada producto o servicio, y las condiciones y garantías ofrecidas, serán exigibles por los consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido". En algunos países de la Región existen proyectos de ley de defensa de los consumidores y usuarios, pero, en tanto no exista una legislación en vigor, es conveniente prever este problema en los contratos. La cláusula propuesta admite la posibilidad de tres opciones: características publicadas, características incluidas en la oferta, características publicadas o incluidas en la oferta, pero modificadas por acuerdo de las partes, pero sólo alude expresamente al caso extremo del incumplimiento de la publicidad, por entender que sólo entonces surge la posibilidad de la desavenencia, ya que si las partes han contemplado la tres opciones y a sabiendas han convenido en modificar las características de los bienes o servicios, el problema de la integración publicitaria no se suscitará.

#### CLAUSULA XVI. Transmisión de la titularidad de los bienes.

1. El cliente no adquirirá el dominio de los bienes objeto del contrato hasta tanto los bienes hubieren superado satisfactoriamente las pruebas de recepción previstas en el anexo pertinente, entendiéndose que la transmisión se condiciona a la comprobación de la aptitud de los bienes para satisfacer las necesidades definidas por el cliente en la documentación del contrato.

2. La transmisión del dominio de los bienes objeto del contrato cuyo precio figura aplazado en el anexo pertinente se entiende condicionada al pago de la totalidad del precio.

3. Hasta tanto el cliente hubiere adquirido la titularidad de los bienes objeto del contrato o resultado de los servicios asimismo objeto del contrato, el proveedor asume los riesgos de pérdida o deterioro de los bienes.

COMENTARIO. La especial concepción de la compraventa de bienes o sistemas informáticos aconseja subordinar la transmisión del dominio, con todas sus consecuencias en cuanto a la transmisión de los riesgos, a unas pruebas de idoneidad de los bienes objeto del contrato. Para ello es preciso admitir que en el contrato existe un pacto implícito de reserva de dominio. No es el caso de la venta a calidad de ensayo (Código civil español, artículo 1453; Código civil argentino, artículo 1364), que se entiende concertada bajo condición suspensiva y, por tanto, es el cumplimiento de las prestaciones lo que se suspende, pero no los efectos de dicho cumplimiento, entre ellos el efecto translativo de la entrega de los bienes. El momento en que se opera la transmisión de la propiedad tiene unas consecuencias importantes en lo que respecta a la responsabilidad por la pérdida o deterioro de las cosas objeto del contrato. Dos son los principios que cabe aplicar al respecto y que se excluyen mutuamente: *res perit emptori* y *res perit venditori*. Su aplicabilidad es función precisamen-

te del momento en el que el dominio se transmite: según cuál sea el momento, se aplicará un principio u otro. El sistema romano francés no es uniforme a este respecto: en el Código civil francés la perfección del contrato lleva consigo ipso facto la transmisión del dominio; pero en otros sistemas, como el español (Código civil, artículo 609), el colombiano (Código civil, artículo 745), el uruguayo (Código civil, artículo 705), o el argentino (Código civil, artículo 2602). La transmisión requiere en estos sistemas un acto de entrega o tradición, en cuyo momento entra en juego el principio de *res perit emptori* o *res perit domino*. Hasta entonces es el vendedor el que soporta el riesgo de la pérdida o deterioro de los bienes. La cláusula contempla asimismo el supuesto de que, en cumplimiento de lo pactado en el contrato, el vendedor hubiera entregado los bienes y éstos hubieran superado las pruebas de recepción satisfactoriamente y el comprador no hubiera pagado la totalidad del precio o no lo hubiera hecho dentro del plazo previsto en el anexo pertinente. En el Derecho español, el vendedor puede suspender la entrega si el comprador no ha pagado el precio o no ha fijado un plazo para el pago (Código civil, artículo 1466). En términos análogos se expresa el Código civil colombiano (artículo 1882, párrafos primero a tercero). El artículo 1428 del Código civil argentino conduce a la misma conclusión, en cuanto que la facultad del vendedor de negarse a entregar los bienes sólo procede en los casos de compra "a dinero de contado", de lo cual se deduce que, si se ha pactado el pago aplazado, puede negarse a ello, aunque sólo en el caso de los bienes muebles. En iguales términos se expresa el artículo 1735 del Código civil uruguayo. El problema surge en el caso de que se haya pactado el pago aplazado y el vendedor hubiera entregado la cosa. La entrega de la cosa produce el efecto de la transmisión del dominio (Código civil español, artículo 609; Código civil colombiano, artículo 1931, párrafo segundo), por lo cual no puede subordinarse la adquisición de la titularidad del dominio al pago de la totalidad del precio, a menos que se hubiera pactado la reserva del dominio: si así no se ha pactado, sólo cabe entender que la venta estará sujeta a la condición resolutoria implícita en toda obligación recíproca (Código civil español, artículo 1124; Código civil colombiano, artículo 1546).

#### CLAUSULA XVII. Derechos sobre los programas.

1. El cliente adquiere en virtud del contrato un derecho no exclusivo ni transmisible, de usar los programas que se detallan en el anexo pertinente en los equipos que asimismo se detallan en anexo.
2. El cliente adquiere el pleno dominio del soporte físico de los programas comercializados por el proveedor bajo la forma de ejemplares fungibles en virtud de contrato de edición y que, como tales se detallan en el anexo pertinente.
3. La transmisión de la propiedad sobre el soporte físico se entiende condicionada a la comprobación de la funcionalidad de los programas registrados

en los soportes físicos que el proveedor entregare, pudiendo, en caso contrario, el cliente optar por la sustitución de los programas por otros de funcionalidad idónea.

4. La transmisión de la propiedad del soporte físico no comprende la de los derechos morales de autor que correspondan al proveedor o a un tercero.

5. Una vez formalizada la recepción de conformidad con lo previsto al efecto en el anexo pertinente, el cliente adquirirá el derecho a reproducir y modificar el programa o programas creados o desarrollados en virtud del contrato.

6. El cliente adquirirá asimismo los demás derechos de explotación que se detallan en el anexo pertinente, en las condiciones que en el anexo se especifiquen en lo que respecta a la exclusividad de la transmisión, la posibilidad de cederlos a terceros, la contraprestación a convenir, en su caso, su extensión a la totalidad del producto o a módulos o subconjuntos en concreto y otros extremos.

7. El cliente se obliga a no utilizar los programas cedidos a título de uso en virtud del contrato, a efectos de descompilar el código objeto o de averiguar las ideas, principios o algoritmos que sirvan de base al código fuente, sin previa autorización del proveedor, salvo que la descompilación u otra modalidad de ingeniería inversa se hiciera a los solos efectos de facilitar el uso o la corrección de errores.

8. El cliente sólo hará copias del programa cedido a título de uso, previa autorización del proveedor, excepto si se tratare de la copia transitoria creada por la introducción en memoria interna y de las copias de seguridad que el uso del programa requiriere, sin que, en ningún caso, se considere copia ilícita la sola introducción del programa en memoria para su uso.

9. El cliente podrá hacer en el programa cedido a título de uso las adaptaciones que sus necesidades de usuario requirieren, debiendo dar cuenta de las mismas al proveedor.

10. El cliente no utilizará el programa cedido a título de uso en una red conectada con instalaciones externas a los locales en los que se hallare el equipo o sistema en el cual el programa fuere utilizado, salvo autorización previa del proveedor.

COMENTARIO. La irrupción de los microordenadores ha transformado el mercado de manera sustancial. A los contratos de desarrollo, "licencia de uso" y comodato, habituales en la práctica contractual durante mucho tiempo, bien como contratos separados, bien como meros pacta adjecta expresos o tácitos, se ha unido la compraventa propiamente dicha de ejemplares comercializados masivamente por vía de contrato de edición o directamente por el autor

o titular, para su utilización en microordenadores. Sin embargo, la imposibilidad de determinar la idoneidad y funcionalidad de un programa sin usarlo previamente, obliga a adoptar unas medidas precautorias que condicionen la transmisión de la propiedad del soporte físico a la comprobación de tales idoneidad y funcionalidad. Por otra parte, la peculiar dualidad que caracteriza al derecho de autor, de derechos morales de un lado, y derechos patrimoniales de otro, exige precisar en el contrato que la propiedad del soporte físico no lleve consigo la adquisición de la titularidad de la obra como tal, con la consiguiente exclusión de los derechos morales, pero sin que, en cambio, pueda limitarse el uso del ejemplar a un equipo o localización en concreto.

La cláusula contempla asimismo el problema de los derechos que adquiere el cliente sobre un producto lógico no cedido en uso, sino creado o desarrollado a medida de sus necesidades, una vez cumplido satisfactoriamente el contrato. La inclusión progresiva de los programas en el ámbito del derecho de autor impide, de una parte, hablar genéricamente de transmisión de propiedad sobre el programa, y de otra admitir una transmisión de la titularidad plena sobre el producto creado, debido a la esencial dualidad de los derechos morales y de explotación. No es posible una transmisión de propiedad. Al margen del escaso campo de aplicación de los derechos morales de autor en el caso de los programas, dada la especial naturaleza de estas obras del ingenio, es evidente que los derechos morales, por ser irrenunciables, inalienables e intransmisibles, no pueden formar parte de una transmisión conjunta. La transmisión de los derechos sobre el programa en cuanto obra ha de limitarse a los derechos de explotación. Por otra parte, dado el carácter elástico y expansivo que la doctrina atribuye a los derechos de explotación de las obras del ingenio, no es posible ni admitir una transmisión en bloque o en abstracto de los derechos de explotación, sino que es preciso enumerar los distintos derechos en concreto cuya transmisión o cesión prevea el contrato, así como la intensidad o modalidad de la cesión. El texto de la cláusula hace, por ello, remisión a las previsiones contenidas en el anexo correspondiente, pero previendo, en todo caso, la transmisión de un mínimo de derechos, como la reproducción y modificación del programa creado, y asimismo la exclusividad, revocabilidad, cesibilidad, etc. de los derechos que en concreto adquiere el cliente. Esta redacción de la cláusula es conforme con el carácter dispositivo que en materia de cesión de derechos de explotación contienen las legislaciones de propiedad intelectual.

Los contratos cuyo objeto lo constituyen los programas y los servicios conexos guardan una evidente relación con la problemática de la transferencia de tecnología. La solución que se da a problemas conceptuales, como la calificación de los programas como bienes o como tecnología o know how, repercute en la transferencia de tecnología en un ámbito tan vital como las tecnologías de la información. Hoy día, la extensión del derecho de autor a los programas es un hecho irreversible. Pero aun dentro de este ámbito, el mero uso eficaz de un programa requiere una mínima transferencia de tecnología. Las propias le-



gislaciones de derecho de autor permiten, con sus normas dispositivas, cierto margen para la transferencia de tecnología. Determinadas leyes admiten excepciones al derecho exclusivo de reproducción en aras del llamado fair use o fair dealing, que pueden servir de cauce a una descompilación tolerada o autorizada dentro del marco de un contrato.

La especial naturaleza del programa en cuanto obra del ingenio amparada por el derecho de autor, que se manifiesta en que, a diferencia de las obras literarias o artísticas, es una obra susceptible de uso un libro se lee, un fonograma se escucha, pero un programa se usa lleva consigo la necesidad de unas derogaciones del régimen de exclusividad propio del derecho de autor. No es posible usar el programa sin una reproducción material del mismo, bien mediante su sola introducción en memoria interna o en el disco duro del microordenador, bien mediante una reproducción que asegure la integridad del programa y de los procesos que gobierna, para los casos de interrupción del suministro de energía eléctrica o cualquier otro hecho imprevisto o imprevisible que pudiera dar lugar a la pérdida del programa o de la información. Esta excepción está prevista en algunas legislaciones, como la francesa o la española, y debe ser tenida en cuenta al negociar el contrato, en evitación de abusos del derecho de autor.

Las legislaciones más recientes de derecho de autor, como la francesa o la española, prevén con ciertas condiciones una excepción al derecho del autor a impedir la transformación del programa, reconociendo al usuario del programa el derecho a adaptarlo exclusivamente para sus propias necesidades. La ley española (artículo 994) la admite en todo caso, no considerando transformación la adaptación para satisfacer las necesidades del usuario. En general, sin embargo, las legislaciones no contienen normas precisas, por lo cual podrá acudir a una vía media al negociar el contrato.

Es evidente la vulnerabilidad que ofrece la transmisión de un programa desde el punto de vista de los derechos de propiedad intelectual, debido a la pérdida de control de su uso ulterior que ello acarrea. Algunas legislaciones prevén expresamente este supuesto, como la reciente ley del Reino Unido, que considera infracción del derecho de autor la transmisión de la obra por un sistema de telecomunicaciones a sabiendas de que con la recepción de la obra se harán copias ilícitas. En defecto de normas tan terminantes, podrá negociarse una conexión previa autorización del titular de los derechos.

#### CLAUSULA XVIII. Sustitución de versiones de programas.

1. El cliente se reserva el derecho de sustituir, sin ulterior convenio con el proveedor, la versión o versiones del programa objeto del contrato, por otra u otras desarrolladas con posterioridad a la perfección del contrato.



2. Para el caso de que el cliente aceptare sustituir versiones de programas para su uso en microordenadores objeto del contrato o instalados con anterioridad, el proveedor se obliga a convertir los ficheros y documentos creados con la versión sustituida.

COMENTARIO. Es práctica corriente que, cuando un proveedor cede bajo licencia un programa, lo que se entrega es una versión determinada, con el acuerdo, expreso en cuyo caso se viene considerando como parte de las prestaciones del mantenimiento o como objeto del mantenimiento del programa o tácito, de que si, con posterioridad a la perfección del contrato, aparece una nueva versión, de una funcionalidad más amplia y eficaz, el proveedor sustituirá la cedida por la nueva. Esta práctica es consecuencia de usos contractuales que no son siempre coincidentes con los del cliente y que consisten en que el cliente o usuario de una versión dada informa periódicamente al proveedor acerca del funcionamiento real de la versión, sugiriendo posibles mejoras o adaptaciones. Como consecuencia de este continuo contacto entre el proveedor y el cliente, el primero o el autor van desarrollando nuevas versiones que, en compensación por la colaboración prestada por el usuario, se sustituyen sin necesidad de ulterior convenio. Las más de las veces, sobre todo en países que no son el de origen del producto, esta sustitución se acepta o impone, sin más, sin que exista esa colaboración continuada entre proveedor y usuario. La nueva versión es, en tales casos, algo que el cliente o usuario se encuentra ya hecho. Esta sustitución "automática" no es admisible. Desde el punto de vista jurídico, la nueva versión es una obra derivada, una transformación de la obra del ingenio que es el programa primitivo. Por ello, la sustitución constituye jurídicamente una novación objetiva, en los términos de los artículos 1203 y 1204 del Código civil español o del 812 del argentino. Ambos cuerpos legales exigen para que haya novación que la nueva obligación sea incompatible con la primitiva: con frecuencia sucede que la nueva versión del programa exige modificar el sistema, su capacidad, el sistema lógico de base, incorporar nuevos programas de servicio, modificar el sistema operativo, de tal manera que el cambio del objeto de la obligación hace a ésta incompatible con la preexistente. De ahí que la sustitución entrañe una verdadera y propia novación. No obstante, no cabe duda de que para el usuario representa una ventaja disponer de unos programas más eficaces o más aptos para sus necesidades; por ello, es más equitativo reconocer al cliente la opción de aceptar la sustitución, a sabiendas de que ello puede requerir cambios en el entorno del sistema, o renunciar a la nueva versión, por estimar que la utilizada cubre sus necesidades, al menos durante un tiempo determinado.

En el contexto de los microordenadores, es continua la evolución y creación de programas para aplicaciones ofimáticas que, como consecuencia de la generalización del uso de los microordenadores entre los usuarios menores, han llegado a ser vitales, como sucede con las de proceso de textos, gestión de bases de datos jerárquicas y otras de análoga dimensión. Esto acarrea el riesgo

de la práctica inutilización de la documentación y los ficheros de una organización, creados o grabados en un programa o una versión dada, de tal manera que la sustitución de las versiones obliga a rehacer los ficheros y los documentos. Por ello, la sustitución de las versiones ofrece una especial incidencia en el contexto de la microinformática y la ofimática, que hay que tener en cuenta a la hora de negociar el contrato.

(\*) CLAUSULA XIX. Garantías.

1. El proveedor se obliga al mantenimiento correctivo, preventivo y sistemático durante el plazo de garantía que, a contar de la fecha del acta de recepción se prevé en el anexo pertinente para cada uno de los elementos o dispositivos del equipo.

2. Si, a pesar de haber superado satisfactoriamente las pruebas de recepción un equipo, dispositivo o elemento se averiara durante un período determinado de tiempo con una frecuencia superior a la que se tolerare en el anexo pertinente, será sustituido gratuitamente y sin demora por el proveedor.

3. Para el caso de que entregare bienes o productos de diversa procedencia o fabricación, el proveedor garantiza que los bienes, productos y programas son conformes con las normas técnicas nacionales o internacionales de arquitectura de sistemas abiertos y, en general, con las normas de interoperabilidad de sistemas.

4. El proveedor se obliga a mantener, en almacenes, en sus locales, o en los locales del cliente, y por espacio de un mínimo de cinco años, existencias de repuestos suficientes para garantizar el funcionamiento de los equipos.

COMENTARIO. La peculiaridad de estos contratos hace que sea preciso prever un conjunto escalonado de garantías, aun después de la recepción satisfactoria de los bienes. En primer lugar, un plazo de garantía durante el cual el proveedor asume gratuitamente el mantenimiento preventivo, correctivo y sistemático. No es posible aconsejar un período óptimo de garantía, por lo cual se deja a los anexos del contrato: de ordinario se fija en un año. Si, a pesar del mantenimiento, determinados elementos se averían con frecuencia tal que demuestran ser inservibles lo que en la jerga contractual, procedente del mercado de automóviles, se denomina *lemon*, el proveedor deberá sustituirlo sin más, pues lo contrario equivaldría a una lesión del interés de la otra parte, con la consiguiente rescisión o redhibición.

El dinamismo de la tecnología y el hecho indudable de que ésta evolucione no estrictamente por razones tecnológicas, sino por intereses comerciales y de mercado, da lugar a la rápida obsolescencia entendida como devaluación

del rendimiento y como desuso, a la vez de los equipos y de sus componentes. El usuario no siempre puede prever las decisiones que dan lugar a la desaparición de unos sistemas y a la aparición de otros: no es infrecuente que la retirada del mercado, de un sistema o equipo constituya una sorpresa para el usuario. A veces, la sustitución es progresiva y los proveedores la programan e informan adecuadamente al usuario; salvo en estos casos, los repuestos tienen a crear un problema importante para usuarios de grandes y pequeños sistemas. Por todo ello, es aconsejable que a la hora de negociar un contrato de mantenimiento de equipos físicos se exija una garantía de suministro de repuestos de cinco años como mínimo.

(\*) CLAUSULA XX. Garantía de vicios ocultos.

El proveedor responde de los vicios ocultos de los bienes o productos objeto del contrato, sin que en ningún caso quede exonerado de la responsabilidad por el hecho de que los bienes o productos figuraren en los anexos pertinentes descritos o identificados de tal manera que, bien por su naturaleza, bien por responder a una calidad conocida en el comercio, bien por el estado en que se hallaren en el momento de la perfección del contrato, hubieran de ser aptos para satisfacer las necesidades del cliente expresadas en la documentación pertinente incorporada al contrato.

COMENTARIO. En los Códigos civiles del área romano francesa figura una norma análoga a la del artículo 1468 del Código civil español, según el cual la cosa ha de ser entregada en el estado en el que se hallaba en el momento de la perfección del contrato. Las cualidades o propiedades de la cosa no deben, pues, sufrir alteración o deterioro con posterioridad a la perfección del contrato. Esta regla no es sino una concreción de la del artículo 1094 del Código civil español, según el cual el obligado a dar una cosa está obligado asimismo a conservarla con la diligencia de un buen padre de familia. En los contratos de bienes informáticos esta regla no es aplicable, puesto que en el momento de la perfección del contrato el objeto de la obligación es una cosa genérica: sólo una vez superadas las pruebas de recepción, el género se concreta en una cosa específica, que quedará identificada mediante unos números de serie u otra forma de identificación. No es posible, por ello, conservar la cosa en el estado en que se hallara al perfeccionarse el contrato, ni cabe entregar la cosa "en el estado en que se encuentra". En cambio, son aplicables las reglas de la responsabilidad por vicios ocultos del artículo 1484 del Código civil español: "defectos ocultos que tuviere la cosa vendida, si la hacen impropia para el uso a que se 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". En todo caso, debe tratarse de vicios "ocultos", es decir, que se hayan puesto de manifiesto después de que hubiera tenido lugar la consumación de la venta mediante la recepción subsiguiente a la superación de las pruebas. No serán

ocultos los defectos manifiestos o los que estuvieran a la vista; tampoco los que lo estén, pero el comprador es un perito que, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente conocerlos. Ninguno de estos supuestos se da en el caso de estos bienes, puesto que los defectos sólo se aprecian como resultado de las pruebas, y el cliente no es normalmente un perito que deba conocer los defectos, sino un usuario, no necesariamente especialista. Habría que añadir que el dinamismo de la tecnología impide que el que no es especialista pueda juzgar de la idoneidad de los bienes sin necesidad de las pruebas.

(\*) CLAUSULA XXI. Infracciones de derechos de propiedad intelectual o industrial.

1. El proveedor se obliga a asumir a sus expensas la defensa del cliente si se formulare reclamación contra el cliente por razón de presuntas violaciones de derechos de propiedad intelectual o industrial o de secretos industriales, y saneará al cliente de los gastos del proceso y de las indemnizaciones que de tales violaciones se derivaren.

2. El cliente se obliga a prestar su colaboración al proveedor, interviniendo como coadyuvante en los procesos judiciales o en cualquier otra forma pertinente.

2. Si la reclamación acarrea para el cliente la imposibilidad de utilizar los equipos o programas objeto del contrato, el proveedor modificará o sustituirá los bienes a que la reclamación hiciera referencia sin causar quebranto al rendimiento del conjunto.

COMENTARIO. Las reglas de la compraventa y del arrendamiento prevén (artículos 14751483, y 1553 del Código civil español; 1527 y 2089 del argentino, por ejemplo) la obligación del vendedor de sanear al comprador para los casos de evicción, es decir, de las consecuencias de que exista un derecho anterior sobre la totalidad o parte de la cosa vendida o arrendada. Salvo los casos de mala fe del vendedor, el comprador puede renunciar al saneamiento por evicción. Los códigos civiles prevén el caso de la compraventa de los bienes corporales, pero no el de los bienes inmateriales, como es el caso de las obras del ingenio. En tal supuesto, la ausencia de unos registros comparables a los inmobiliarios o la exigencia de actualizar las inscripciones registrales (patentes, etc.), la dispersión de los registros, la inaplicabilidad de reglas como la del artículo 464 del Código civil español o 2412 del argentino, hacen difícil determinar de antemano la titularidad de la obra del ingenio, por lo que el comprador o arrendatario de un bien que lleve incorporada una de tales obras está expuesto en cualquier momento a que aparezca un tercero que alegue derechos de propiedad intelectual o industrial sobre parte del objeto del contrato. Si bien este supuesto podría incluirse en el del saneamiento por evicción, la pecu-

liaridad de estos bienes aconseja incluir esta cláusula, ya que contempla un problema que no está claramente previsto en los Códigos civiles o equivalentes. El párrafo segundo de la cláusula prevé una solución capaz de evitar el quebranto que pudiere acarrear al cliente el verse desposeído de la titularidad o del derecho de uso de un bien afectado por una reclamación fundada en un derecho de propiedad intelectual o industrial preexistente.

(\*) CLAUSULA XXII. Responsabilidad.

1. El proveedor se obliga a cumplir las prestaciones objeto del contrato de conformidad con las cláusulas del contrato, los buenos usos de la tecnología, las disposiciones legales, reglamentarias, administrativas, policiales, laborales y sociales aplicables.

2. El proveedor responde ante el cliente de las prestaciones cuya ejecución subcontratarse.

3. En caso de incumplimiento de las prestaciones del contrato, el proveedor satisfará las indemnizaciones y penas liquidatorias que, con relación a cada prestación en concreto, se detallan en el anexo pertinente.

4. En el avalúo de la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento, se tendrán en cuenta los costes irrogados al proveedor, así como los irrogados al cliente como consecuencia de las expectativas derivadas del contrato, en especial los que resultaren de la creación, desarrollo o adaptación de programas, habilitación y dotación de locales, pruebas, instalación, integración de sistemas y ahorro potencial.

5. El proveedor indemnizará al cliente de los daños que se causaren al cliente o a su personal por defecto de concepción o de funcionamiento de los programas que entregare, creare o desarrollare, así como de los servicios que, en relación con la instalación o el uso de los programas prestare al cliente, aun cuando los daños no se debieren a culpa o negligencia del proveedor o del personal asignado por el proveedor a tales servicios.

6. El cliente se obliga a pagar el precio, de acuerdo con lo previsto en el contrato, y a satisfacer las prestaciones preparatorias y de colaboración previstas en el contrato.

7. El cliente responde de los daños causados a los bienes o al personal del proveedor o de terceros, si los daños se debieren a culpa o negligencia del cliente, de su personal o de los usuarios del mismo dependientes.

8. El proveedor responde de los daños causados a equipos, bienes o materiales aportados por el cliente, de conformidad con lo previsto en el anexo pertinente.

COMENTARIO. Es frecuente fijar en los contratos en una cantidad líquida global el importe de la indemnización para el caso del incumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud del contrato. La indemnización reviste así la forma de una pena liquidatoria y sustitutoria única. Es más equitativo diferenciar a estos efectos en cada una de las obligaciones los dos elementos que la doctrina distingue en toda obligación: un deber y una responsabilidad, de tal suerte que el incumplimiento de cada deber en concreto lleve aneja una responsabilidad específica. Estos contratos generan, en realidad, una pluralidad de obligaciones, por lo cual el incumplimiento no puede contemplarse como algo global, ya que cabe cumplir unas obligaciones e incumplir otras. El vendedor contrae unos deberes, que son la entrega, la entrega dentro de un plazo, la aptitud del sistema o equipo, su nivel de calidad, su interoperabilidad con ciertos productos, etc. La responsabilidad y sus consecuencias, de resarcir, reembolsar o indemnizar a la otra parte, debe entenderse referida al incumplimiento de cada deber en concreto. Por ello, no es admisible evaluar los daños y perjuicios en una cantidad global líquida determinada. Mucho menos, sustituir por dicha cantidad líquida la indemnización de daños y perjuicios. Es más equitativo fijar o prever otras tantas penas liquidatorias, sustitutorias o no, según convenga dentro del contexto del contrato.

El uso generalizado de programas en contextos, como la navegación aérea, la medicina, los sistemas telemétricos, domóticos, etc. ha creado nuevos riesgos de daños, físicos y económicos, para las personas. Las legislaciones de protección de los consumidores y usuarios han asumido una actitud favorable a la exigencia de la responsabilidad objetiva o sin culpa en materia de daños a las personas o bienes, causados por defectos de concepción o fabricación de los productos. Los contratos de adhesión no incluyen cláusulas de caveat venditor que cubran estos riesgos. La doctrina abriga dudas acerca de la aplicabilidad de la responsabilidad objetiva y consiguiente obligación de indemnizar en casos de daños causados por productos "híbridos", es decir, que tienen un componente de prestación de servicios. Las legislaciones de protección del consumidor hacen extensiva la responsabilidad objetiva a los servicios. En la negociación de los contratos deberá tenerse en cuenta esta orientación de las legislaciones.

(\*) CLAUSULA XXIII. Obligaciones precontractuales.

1. El proveedor no tendrá derecho a prórroga del plazo de entrega, indemnización ni reembolso de gastos por razón de ignorancia o error con relación a los locales en los que los bienes o productos hubieren de ser instalados,



ni con relación a las necesidades definidas por el cliente en la documentación preparatoria del contrato ni en cuanto a las cláusulas del contrato.

2. El proveedor se obliga a dar al cliente la información necesaria para que el cliente pudiese habilitar los locales y dotarlos de los medios precisos, de tal manera que fuere posible cumplir las prestaciones objeto del contrato.

3. El cliente habilitará y dotará los locales a sus expensas, de acuerdo con el calendario convenido y detallado en el anexo pertinente y de conformidad con la información dada por el proveedor, correspondiendo al proveedor el derecho a ser reembolsado de los gastos que se le irrogaren si, por negligencia o por otra causa imputable al cliente, los locales previstos hubieran quedado deficientemente habilitados y dotados, y el derecho a una prórroga del plazo de cumplimiento del contrato en el caso de que como consecuencia sufriere demora el cumplimiento de las prestaciones.

4. El proveedor no invocará como causa de exoneración del cumplimiento, en todo o en parte, de las obligaciones derivadas del contrato, ignorancia de las necesidades del cliente, de su entorno administrativo y lógico y del sistema físico en el cual debiere utilizarse el programa o programas que, de conformidad con las previsiones del anexo pertinente, el proveedor se obliga a desarrollar en virtud del contrato.

COMENTARIO. Esta cláusula contempla el problema de las obligaciones precontractuales, que en estos contratos ofrecen una importancia especial. Existen normas generales del Derecho de obligaciones, como el artículo 1266 del Código civil español, el 1271, apartados 2º y 3º, del uruguayo, el 1510 del colombiano, los artículos 926 y 927 del argentino, según los cuales el error en la sustancia de la cosa objeto del contrato o en las condiciones de la misma que hubieran dado motivo a su celebración invalida el consentimiento. No existe, sin embargo, en nuestros Códigos civiles una norma como la del artículo 1337 del italiano o la del 227 del portugués, que consagran el principio de la buena fe in contrahendo, según el cual las partes están obligadas a un comportamiento de buena fe en la fase precontractual. En el Derecho español se ha tratado de construir este principio a partir de la regulación de tipos contractuales concretos (mandato, depósito, comodato, compraventa: artículos 1725, 1752, 1779, 1487). El artículo 1269 considera dolo el hecho de haber inducido a un contratante "con palabras o maquinaciones insidiosas" a celebrar un contrato que sin ellas no se habría celebrado. Para salir al paso de este problema se ha recogido la doctrina de la jurisprudencia belga, francesa y argentina y se han formulado las cláusulas que se proponen, que prevén la exigencia de que el proveedor se informe de las condiciones y circunstancias, definidas en la documentación preparatoria (pliegos de condiciones o documentos análogos), las necesidades del cliente, los locales en los que el sistema deba ser instalado, en su caso; y la obligación del cliente de habilitar y dotar los locales según las especificaciones



técnicas de que en el momento de la oferta o de las negociaciones preparatorias le haya informado el proveedor. Estas cláusulas no tendrán aplicación cuando se tratare de microordenadores, para cuyo uso no serán precisas condiciones especiales de climatización o de instalación (dobles suelos, dobles techos, etc.). Especial importancia ofrece a este respecto el entorno del usuario que pudiere condicionar las prestaciones del contrato, o de un contrato separado, que consistieren en crear o desarrollar programas a medida de sus necesidades; por ello, este extremo se contempla por separado en la cláusula.

(\*) CLAUSULA XXIV. Seguro.

El proveedor y el cliente podrán cubrirse de las responsabilidades resultantes del incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, concertando el seguro o seguros que procedieren.

COMENTARIO. Un medio de salir al paso de las responsabilidades del incumplimiento es el seguro. Sin embargo, no cabría imponer la obligación de asegurar como prestación sustitutoria de las del contrato. La exigencia obligatoria del seguro es posible en casos en los cuales no puede evitarse totalmente la producción de los siniestros, como en los accidentes de carretera o en la navegación aérea, por ejemplo, o cuando el volumen del riesgo de perjuicio o daño es asimismo elevado, como sucede también en la navegación aérea. En el caso de los bienes o servicios informáticos, no se ha hecho todavía una valoración actuarial de los riesgos con carácter general. Por otra parte, la diversa posición jurídica de las partes con relación a la transmisión de la titularidad de los bienes y, en consecuencia, de los riesgos de pérdida, deterioro, etc., exigiría hacer matizaciones en cuanto al deber de asegurar. Es más conveniente dejar a criterio de los interesados acudir o no al seguro como solución alternativa.

(\*) CLAUSULA XXV. Confidencialidad.

1. El cliente no adquiere en virtud del contrato derecho alguno sobre secretos industriales del proveedor.

2. El proveedor y el cliente se obligan a tratar confidencialmente y a no reproducir, difundir o publicar, sin autorización escrita de la otra parte, la información acerca de las circunstancias, sistemas de gestión, procesos industriales y otros elementos propios de la explotación mercantil o actividad profesional de la otra partes, a la cual hubieren tenido acceso en el curso del cumplimiento del contrato.

3. Extinguido el contrato, cada parte entregará a la otra o borrará o destruirá toda información sobre circunstancias de la otra parte que, por exigirlo

así el cumplimiento del contrato, hubiere debido registrar en cualquier clase de soporte físico.

4. Extinguido el contrato, toda información sobre circunstancias, etc. de la otra parte que, por exigirlo así el cumplimiento del contrato, hubiere debido cada parte registrar en cualquier clase de soporte físico sólo será conservada por el tiempo que fuere necesario para la liquidación del contrato o de las responsabilidades que del mismo se derivaren, debiendo ser entregados a la parte los soportes físicos pertinentes o, en caso contrario, borrada la información o destruidos los soportes físicos.

COMENTARIO. Al margen de los derechos de propiedad intelectual sobre la documentación, los programas y demás obras de autoría que el proveedor ha de entregar en virtud del contrato, es inevitable, por una parte, que el proveedor transfiera al cliente, como parte de sus prestaciones de asistencia técnica, información que, sin ser constitutiva de obras de autoría, forme parte del activo de la empresa. A su vez, el proveedor, en especial el de los servicios de mantenimiento, se ve obligado a tener acceso a información interna y de carácter personal del cliente. En este último caso, hay que tener en cuenta que en muchos países de la Región no existe todavía una legislación protectora de los datos de carácter personal. Es preciso, por ello, convenir unas medidas a adoptar con relación a la información así obtenida, una vez extinguida la relación contractual.

(\*) CLAUSULA XXVI. Fuerza mayor.

Ninguna de las partes responderá por el incumplimiento de las obligaciones que para la misma se derivaren del contrato si el incumplimiento se debiere a caso fortuito o fuerza mayor, entendiéndose por tal los accidentes causados por las fuerzas de la naturaleza, los actos humanos lícitos o del Poder público que no hubieran podido preverse en el momento de la perfección del contrato y, en general, los sucesos que no hubieran podido preverse o que, previstos, fueran inevitables.

COMENTARIO. La noción de fuerza mayor se remonta a la *vis maior* del Derecho romano y tiene su correspondencia en la *del act of God* del Derecho inglés. Normalmente se la suele identificar con un hecho imprevisible o inevitable debido a causas naturales. Sin embargo, también se vienen considerando como fuerza mayor actos humanos que asimismo cumplen estas condiciones, de ser imprevisibles o inevitables, al menos por parte de la persona afectada. Es el caso de lo que se denominara históricamente *factum principis* y que hoy tiene su manifestación más importante en actos como la declaración de guerra o las medidas coyunturales de política económica, que no siempre son previsibles ni evitables. Asimismo, hay otros actos humanos imprevisibles o inevita-

bles, como los motines, huelgas, etc., que, al menos en el ámbito de los seguros, se consideran siempre equivalentes a la fuerza mayor, por cuanto que exoneran de la obligación de indemnizar. Distinto es el caso de los actos, colectivos o individuales, ilícitos, vias de hecho, que, por ser normalmente constitutivos de delito, tienen su propio régimen en cuanto a la responsabilidad civil a que dan lugar. La cláusula extiende el concepto a las situaciones que, sin constituir actos delictivos, se encuadran en el concepto de fuerza mayor de los artículos 513 y 514 del Código civil argentino o del artículo 1105 del Código civil español. El Derecho colombiano conoce esta extensión del concepto en el artículo 1º de la ley 95/1889, que incluye en la fuerza mayor "los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público".

(\*) CLAUSULA XXVII. Extinción del contrato.

1. El contrato sólo se extinguirá por el cumplimiento de las prestaciones o, en su defecto, por acuerdo de las partes, por denuncia de una de las partes con preaviso de tres meses, por resolución, o por rescisión en los casos previstos por las leyes.

2. No se extinguirá el contrato por mera dejación del ejercicio, por una de las partes, de los derechos que para la misma se derivaren del contrato, tanto si se tratare de una dejación meramente circunstancial, como en el supuesto de un desuso continuado de tales derechos, sin perjuicio de la prescripción de las acciones pertinentes en los casos previstos por la ley.

3. En los casos de suspensión de pagos, concurso de acreedores o quiebra, no se extinguirá el contrato y quedará abierta la vía a la iniciación e instrucción, en su caso, de las actuaciones judiciales pertinentes y a la ulterior liquidación del patrimonio del deudor, en su caso.

4. Para el caso de que el proveedor o el cliente incurrieren en insolvencia que le permitiere acogerse a los beneficios de quita y espera o suspensión de pagos, las partes convienen en acordar un plazo de moratoria hasta tanto el órgano jurisdiccional decidiere sobre la situación de la parte insolvente.

5. Si el proveedor o el cliente incurrieren en insolvencia que diere lugar a declaración judicial de concurso de acreedores o quiebra, la otra parte podrá optar entre denunciar el contrato con efectos inmediatos o hacer valer sus créditos contra la masa del concurso o de la quiebra.

6. Si el cliente optare por la denuncia, el proveedor tendrá derecho al pago, a los precios convenidos en el contrato, de las prestaciones efectivamente cumplidas en todo o en parte.

COMENTARIO. La quiebra, la suspensión de pagos o el concurso de acreedores no extinguen el contrato. Aun cuando una de las partes haya incurrido en una situación de insolvencia, capaz de dar lugar a suspensión de pagos, concurso o quiebra, el contrato sigue siendo válido, pero la parte afectada no podrá cumplirlo. La parte perjudicada puede, ante todo, instar la rescisión del contrato, acogiéndose a las previsiones de los Códigos civiles (Código civil español, artículo 1291; Código civil argentino, artículo 962; Código civil colombiano, artículo 1741). La imposibilidad de cumplir el contrato no se debe a causa de fuerza mayor; tampoco puede considerarse nulo el contrato, pero sí puede haber lesión, con la consiguiente posibilidad de ejercitar la acción rescisoria por existir fraude de acreedores. Por otra parte, si el contrato se considerara extinguido, el acreedor no tendría derecho alguno sobre la masa de la quiebra, en su caso. Además, la situación que puede dar lugar a la suspensión de pagos (activo superior al pasivo) es susceptible de saneamiento, por lo cual sería prematuro extinguir el contrato en tal supuesto. En cualquier caso, es preciso un acto expreso de declaración judicial de la quiebra, concurso o suspensión de pagos. Para salir al paso de estas situaciones de insolvencia, puede convenirse en el contrato la extinción de éste sin indemnización; más conforme con los sistemas del área romanofrancesa es la solución que consiste en dar opción a las partes a denunciar el contrato sin plazo de preaviso, una vez que el juez hubiera declarado la situación de insolvencia. La parte puede optar entre hacerse pago de sus créditos con cargo a la masa o exigir el pago de las prestaciones efectivamente cumplidas, en todo o en parte, a los precios convenidos en el contrato.

En cuanto a la mera dejación del ejercicio de los derechos no extingue tampoco el contrato, a menos que la dejación persista durante un plazo determinado, en cuyo caso entraría en juego la prescripción de la acción correspondiente. Es perfectamente posible esa dejación, no sólo una, sino múltiples veces, sin que ello produzca efecto jurídico alguno. Esta cláusula sale así al paso de reglas ajenas a los sistemas jurídicos de la Región y encuadra las modalidades de extinción del contrato en el marco adecuado.

(\*) CLAUSULA XXVIII. Derecho aplicable y jurisdicción competente

1. Las partes se someten al Derecho vigente en el país en el cual radica el domicilio o sede del cliente.

2. Las partes se someten a la jurisdicción de los jueces y tribunales competentes en el país y localidad en que radica el domicilio o sede del cliente.

COMENTARIO. Es frecuente que en los contratos de bienes y servicios informáticos sean parte personas físicas o jurídicas de nacionalidad diversa y que ejerzan el comercio en países de ordenamientos jurídicos diferentes. Por

ello, es preciso un marco de referencia convencional de normas aplicables en caso de lagunas del contrato o de litigios sobre su cumplimiento. A tal respecto, la doctrina del Derecho internacional privado ofrece una regla general dispositiva, que se refleja en el artículo 105 del Código civil español y, a contrario, en el artículo 1212 del Código civil argentino. Dado que los proveedores, en general, tienen su sede o casa matriz en países de common law, es clara la conveniencia de que en el contrato las partes convengan en someterse al ordenamiento jurídico del país del cliente o usuario. Lo contrario crearía un notorio desequilibrio a favor del proveedor. La misma solución debe adoptarse en cuanto a la jurisdicción competente. A este respecto, es opinión unánime en la doctrina, que se refleja en algunas leyes, como la reciente Ley Orgánica del Poder Judicial de España (1985), cuyo artículo 22 prevé un conjunto de criterios basados en el que se propone, para determinar la competencia en relación con los contratos de consumidores.

(\*) CLAUSULA XXIX. Arbitraje.

1. Los litigios que suscitar el cumplimiento del contrato se resolverán en juicio de árbitros, de conformidad con la regulación legal del arbitraje de Derecho privado y con las normas que en cuanto al juicio de árbitros figuran en el anexo pertinente, sin perjuicio de acudir al juez o tribunal competente cuando la índole del litigio así lo exigiere.

2. Los árbitros serán personas o entidades cuya nacionalidad y domicilio fueren los del cliente, sin perjuicio de acudir a Cortes internacionales de arbitraje u organismos análogos propios de la Comunidad Iberoamericana.

COMENTARIO. La experiencia muestra que en los litigios a que dan lugar los contratos referentes a estos bienes y servicios la cuestión suscitada no es normalmente de interpretación o aplicación de normas jurídicas, sino de determinación de si el bien o servicio cumple o no unas especificaciones técnicas, o si las partes o los terceros obligados han cumplido o no sus obligaciones en lo que respecta a la interoperabilidad de equipos o programas de distintos proveedores o fabricantes. Por ello, es aconsejable resolver estos litigios acudiendo al arbitraje e incluir la cláusula arbitral en los contratos, pero sin que ello implique la renuncia a acudir a un juez o tribunal cuando la naturaleza del litigio requiriere el pronunciamiento de los órganos jurisdiccionales, bien porque el litigio hiciere referencia a cuestiones de Derecho exclusivamente, bien porque en el mismo se suscitaren ambos órdenes de cuestiones y fuere aconsejable acudir al juicio de árbitros y a los órganos de la Jurisdicción.

Las presentes NOTAS TÉCNICAS son independientes del cuerpo de las CLAUSULAS ILUSTRATIVAS y tienen por objeto situar al usuario en el contexto técnico jurídico de los contratos tipo mediante un análisis de las cláusulas más corrientes de estos contratos. La inclusión de tal análisis en el cuerpo del documento habría gravado en exceso su extensión, por lo cual no se ofrece como parte integrante del documento. Las Notas comprenden dos partes: un análisis de las cláusulas más salientes y frecuentes de los contratos de adhesión a la luz del propio Derecho de origen, con el fin de determinar las peculiaridades estructurales del sistema jurídico de origen a que las mismas obedecen. Es frecuente emplear en la práctica contractual términos jurídicos que son resultado de una traducción defectuosa de los correlativos angloamericanos, fruto, a su vez, de una comprensión parcial o deficiente de los conceptos respectivos. Sin embargo, no siempre existe una relación biunívoca entre los conceptos y principios del sistema romanofrancés y los del angloamericano que permita una traducción fiel. Por ello, los contratos tipo contienen cláusulas que, debido a las aludidas peculiaridades estructurales del Derecho angloamericano, sólo tienen razón de ser dentro de su contexto, pero que, dentro del Derecho romano francés, requieren ser "repensados" con el fin de determinar si, al margen de tales peculiaridades estructurales, es o no conveniente recogerlos en los contratos y, en su caso, en qué forma. Asimismo, incluyen las Notas un estudio de otras cláusulas usuales de estos contratos tipo, que, sin tener su base en tales peculiaridades estructurales del sistema jurídico de origen, reflejan, en cambio, los conflictos de intereses que subyacen a este sector de la contratación.

1. Aun cuando los contratos de adhesión suelen incluir una cláusula por la que se las partes se someten al Derecho vigente en el país de otorgamiento del contrato, no es infrecuente incluir otra cláusula por la que asimismo se acepte la aplicabilidad a título supletorio del Código Uniforme de Comercio norteamericano (Uniform Commercial Code). En todo caso se da preferencia a lo acordado en el contrato, de tal manera que el C.U.C. sólo será aplicable en caso de duda y siempre que las reglas del C.U.C. no fueren incompatibles con lo acordado en el contrato. Esta aplicación supletoria requiere, sin embargo, una interpretación forzada del C.U.C., ya que lo hace aplicable a prestaciones de servicios, siempre que los servicios pudieren ser considerados bienes (goods), a menos que resultare absurdo considerar en el caso concreto los servicios como bienes. La única interpretación válida de esta remisión es la de considerar como bienes no los servicios como tales, sino el resultado de los servicios. En cualquier caso, hay que tener en cuenta que el C.U.C., no obstante su nombre, no es un "código de comercio", ni un código uniforme de comercio, sino un texto que regula, entre otros negocios jurídicos, los de compraventa de bienes muebles en sentido amplio (incluyendo, en parte, verdaderas y propias prestaciones de servicios), sin que sea posible distinguir una compraventa civil



y una compraventa mercantil, al menos en la acepción estricta que ésta ofrece en los Códigos de comercio. Aun cuando su objeto son las compraventas "comerciales", no se define lo que deba entenderse por tales, ni aun por referencia a la cualidad de comerciante, ya que este concepto (merchant) se define en el C.U.C. (parágrafo 2104) en un sentido amplio, como persona que, por razón de su ocupación, se considera dotada del saber o pericia propio de los usos o bienes objeto del negocio jurídico (además de quien compra y vende los bienes de que se trate, y de los agentes, intermediarios, etc.). El C.U.C. deja a salvo las reglas del common law en materia de capacidad para contratar, mandato, estoppel, fraude, misrepresentation, coacción, error, quiebra o concurso, y otras reglas capaces de conferir o negar validez a un negocio jurídico, que se aplican a título supletorio. Estas reglas están formuladas con carácter oficioso en el Restatement of the Law, del American Law Institute. La jurisprudencia ha hecho extensiva la aplicación del C.U.C. a contratos que no son estrictamente de compraventa, así como a los contratos de las Administraciones públicas.

2. Entre las cláusulas más frecuentes de los contratos de adhesión se halla la denominada four corners rule o "cláusula de las cuatro esquinas". El problema de base consiste en que en la práctica la formación del consentimiento de las partes es el resultado de un proceso, a veces largo, jalonado de un conjunto de documentos, cartas, notas, actas, etc. De ahí que, en aras de la seguridad jurídica, las partes procuren, en la práctica angloamericana, incluir en los contratos una declaración según la cual un documento o conjunto de documentos constituyen a efectos legales la totalidad de lo acordado. El parágrafo 2202 del Código Uniforme de Comercio de los Estados Unidos contiene la base jurídica de esta práctica. El parágrafo dice así:

"Los términos con respecto a los cuales fueren concordados los escritos de ratificación de las partes o que, en caso contrario, figuraren en un escrito concebido por las partes como expresión definitiva de su acuerdo con respecto a los términos incluidos en tal escrito, no podrán ser contradichos probando acuerdo anterior alguno o un acuerdo verbal coetáneo, pero podrán ser explicados o completados (a) por los tratos previos o según los usos del tráfico o por actos de ejecución de lo acordado, y (b) probando la existencia de términos adicionales compatibles, a menos que el juez apreciare que el escrito hubiera sido concebido asimismo como una declaración completa y exhaustiva de los términos del acuerdo".

El comentario oficial del precepto precisa que éste impide aceptar que el mero hecho de haber redactado un escrito que en determinados puntos sea definitivo deba considerarse que comprende todos los extremos objeto del acuerdo. Asimismo excluye la interpretación de los términos del acuerdo a la luz de las solas reglas de la interpretación de las normas jurídicas, debiendo, por el contrario, interpretarse las palabras del acuerdo en función del respectivo contexto mercantil, y sin que el juez deba previamente declarar que el escrito en el



que consta lo acordado sea ambiguo. El comentario aclara asimismo que la existencia de términos que expliquen o completen los del escrito en el que consta el acuerdo de las partes puede ser probada por los tratos anteriores y por el hecho de no apartarse de los usos del tráfico o porque las partes hayan comenzado a cumplir lo acordado de una determinada manera. Esta salvedad no expresa otra cosa que la regla del artículo 1282 del Código civil español, que confiere valor interpretativo a los actos posteriores de las partes. Salvo en estos supuestos, el juez no aceptará prueba extrínseca alguna tendente a añadir algo al contrato, a modificarlo o a contradecirlo. Esta regla se llama también, por tal razón, *parole evidence rule* o *extrinsic evidence rule*. En la mayoría de los casos, el "acuerdo" de las partes, plasmado en el documento o conjunto de documentos, concuerda con el clausulado del contrato tipo del proveedor, pese a que las negociaciones, más o menos largas y engorrosas, se basan precisamente en los problemas del cliente. Para salir al paso de toda duda de que el contrato tipo venga a constituir el "acuerdo" de las partes, se incluye esta cláusula en los contratos tipo. En rigor, la cláusula es una regla de interpretación, no de fondo, y debe ser interpretada restrictivamente. Es decir, si el contrato escrito sólo hace referencia a la compraventa de un equipo físico determinado e identificado en el contrato (bien en el cuerpo del contrato, bien en un anexo), la inadmisibilidad de la prueba verbal o "extrínseca" no afectará a otras prestaciones, objeto de un contrato verbal, como, por ejemplo, la preparación o adaptación de unos programas. En tales casos, el juez aceptaría la prueba extrínseca que consistiera en un escrito o testimonio de que se ha concertado también dicha prestación. La cláusula ha de ser vista en el contexto de origen, es decir, en el Derecho norteamericano de obligaciones, en el cual existen otros remedios para suplir las lagunas de la escritura del contrato, como la doctrina de las cláusulas presuntas o tácitas (*implied terms*), que se presumen incluidas en el contrato si se dan unos supuestos de hecho determinados, lo cual puede probarse acudiendo a medios de prueba "extrínsecos" a la escritura del contrato. A todo ello hay que añadir, siempre dentro del contexto jurídico norteamericano, la regla del párrafo 1203 del C.U.C.:

"Todo contrato u obligación comprendido en la presente ley impone una obligación de buena fe con respecto a su cumplimiento o cumplimiento forzoso".

El problema de esta cláusula de la *four corners rule* estriba en que fácilmente se la saca de su contexto y se le da una expresión con la cual se burlan reglas del propio Derecho norteamericano. Contemplada la cláusula dentro de su propio contexto, no ofrece una discrepancia sustancial con respecto a las reglas del Derecho de obligaciones de los Códigos civiles.

La cláusula hace referencia al "acuerdo de las partes". Este es otro punto que requiere aclaración. En el C.U.C. (párrafo 1 201) se emplean los términos *agreement* y *contract*, pero no como sinónimos. Por *agreement* se entiende una noción análoga a la que comprende el acuerdo expreso de las partes, recogido

en la escritura o documento, y asimismo lo convenido tácitamente entre las partes y que puede inferirse de las negociaciones o tratos previos, o resulta de los usos del tráfico o de los actos coetáneos o posteriores (course of performance). En cambio, contract comprende lo acordado (agreement), completado con las normas de rango legal aplicables a título supletorio, es decir, el C.U.C. en la versión respectivamente aplicable y demás disposiciones asimismo aplicables. De ahí la conveniencia de acotar o definir la noción de "contrato".

3. Otra cláusula que se recoge ordinariamente en los contratos tipo es la que se denomina severance o severability, es decir, "separabilidad" o "segregabilidad" de las cláusulas nulas o inválidas. Es un concepto de cierta raigambre en el viejo common law y se remonta a precedentes judiciales ingleses del siglo XVII. Nació como un remedio frente al rigor de los contratos bajo sello. La regla consiste en que si en un contrato determinadas estipulaciones resultan contrarias a Derecho, éstas se consideran nulas ab initio, subsistiendo la validez de las demás. La cláusula se suele expresar, sin embargo, de forma que induce a confusión. Una vez más, como sucede casi siempre en el Derecho de obligaciones angloamericano, la solución está en la doctrina de la consideration. Entendida ésta como una compensación o contraprestación onerosa indivisible, si, en contraprestación de realizar dos actos, no de ellos ilegal o ilícito, una parte promete pagar a otra una cantidad de dinero, el acuerdo no sería exigible judicialmente, por cuanto que no sería posible "segregar" dentro de la consideration una parte legal o lícita y otra ilegal o ilícita. Transponiendo esta doctrina al Derecho romanofrancés, se llega a una conclusión análoga al concepto de causa del contrato. Es decir, si la cláusula o prestación es de tal manera determinante del contrato para una de las partes, que si la misma la parte no habría celebrado el contrato, no será posible "separar" o "segregar" la cláusula o prestación. Por ello, no es posible, ni aun en el marco del Derecho norteamericano de obligaciones, admitir una severance indiferenciada, sino que habrá que tener en cuenta el alcance de la cláusula de que en cada caso se tratare.

4. La four corners rule hace referencia solamente al problema de la prueba o interpretación del contrato. Cabe que las partes hayan convenido unas prestaciones y contraprestaciones que para una u otra no sean equitativas. El Derecho angloamericano de obligaciones contiene asimismo remedios para este problema, aun cuando de ordinario se omiten en los contratos tipo. El C.U.C. se ocupa de este problema en el parágrafo 2302:

"(1) Si el juez apreciare, como cuestión de Derecho, que el contrato o alguna cláusula del contrato hubiera sido abusivo en el momento en que fuera concertado, el juez podrá negarse a ordenar el cumplimiento forzoso del contrato, o podrá ordenar el cumplimiento forzoso del resto del contrato sin la cláusula abusiva, o podrá limitar la aplicación de una cláusula abusiva, de tal suerte que se evitare un resultado abusivo. (2) Cuando se alegare o resultare a criterio del juez que el contrato o alguna cláusula del mismo pudiera ser abusiva,

se concederá a las partes una posibilidad razonable de aportar pruebas en cuanto al contexto comercial, finalidad y efectos del contrato o cláusula, con el fin de ayudar al juez a decidir al respecto".

En este contexto es conveniente aplicar la doctrina de la severance, pero con la salvedad de que deben ser las cláusulas abusivas las que se segreguen. En beneficio del usuario debe admitirse la doctrina del favor negotii, en el sentido de que se tengan por no puestas las cláusulas abusivas, pero subsistan las que no lo sean. Puede ser un perjuicio para el cliente resolver el contrato y renunciar a la ventaja económica o tecnológica que el interesado persiguiera con la celebración del contrato: es la solución prevista en algunas legislaciones de condiciones generales de contratación, como la ley alemana de 1976 (parágrafo 6).

5. Con frecuencia figura en los contratos tipo, en especial en los relativos a programas, una cláusula según la cual los bienes o productos se sirven "en el estado en que se encuentran", "con todos sus defectos", sin que el proveedor asuma responsabilidad alguna si el bien o producto no es apto para los trabajos en los cuales hubiera de usarlos el cliente. La inclusión de esta cláusula no es leal, en especial si se la aísla del contexto general del sistema de responsabilidad por vicios ocultos del C.U.C. La cláusula *as is* es parte del sistema definido por los párrafos 2314, 2315 y 2316 del C.U.C., que dan expresión normativa a los conceptos de *merchantability* e *implied warranty*. El vendedor está obligado por estas reglas, que, a pesar de la inadmisibilidad de la probanza verbal o extrínseca (parágrafo 2202), se entienden implícitas en los contratos de compraventa. La norma general es la obligación de responder de los vicios ocultos de la cosa, en términos análogos a los artículos 2164 y siguientes del Código civil argentino, ó 1484 del español. El vendedor puede garantizar de manera expresa (parágrafo 2313) la ausencia de vicios ocultos, mediante declaración o promesa acerca de los bienes, descripción detallada de los bienes, o muestra o modelo, siempre que la declaración, promesa, etc. sea parte del acuerdo de los contratantes, aun cuando no se utilicen expresamente términos como garantía (*warrant*, *guarantee*) u otros análogos. En defecto de esta garantía expresa, cabe una garantía tácita (parágrafo 2314) si se dan determinados supuestos. En primer lugar, la cualidad de comerciante del vendedor con respecto a los bienes: se dice en tal caso que los bienes son *merchantable*, pero para ello deben reunirse otras condiciones que enumera el parágrafo 2314 y que pueden considerarse variantes del supuesto del artículo 327 del Código de comercio español: venta sobre muestras "o determinando calidad conocida en el comercio", adecuación para los fines ordinarios de los bienes, calidad y cantidad conforme por parte de cada unidad, envoltura y etiquetado adecuados, etc. En segundo lugar, la garantía tácita puede inferirse de las negociaciones previas o de los usos del comercio. El parágrafo 2316 permite pactar la inaplicación de las garantías, expresas o tácitas, asimismo de modo análogo a lo previsto en los Códigos civiles argentino (artículo 2166) o español (artículo 1485, párrafo segundo). Una de estas posibilidades es la cláusula *as is* (parágrafo

2316), según la cual la garantía tácita de merchantability puede ser excluida o modificada, pero en tal caso la exclusión ha de ser expresa e inequívoca, valiéndose de expresiones, más o menos, como "no hay garantía más allá de lo que consta en la presente" (there are no warranties which extend beyond the description on the face hereof), o las expresiones as is o with all faults.

6. Esta cláusula as is está estrechamente vinculada a otras, asimismo frecuentes, que exoneran de responsabilidad al proveedor, en especial en los contratos de programas que revisten la forma de los denominados tear me open agreements o licencias de shrink wrap software. Esta exoneración de responsabilidad se incluye en el mismo texto que la cláusula as is, en los siguientes términos o en otros análogos:

"Todos los programas de X se distribuyen en el estado en que se encuentran, sin garantía de ningún género. La totalidad del riesgo, en lo que respecta a la calidad y rendimiento de los programas, corresponde al comprador. Si los programas resultaren defectuosos, el comprador y no el fabricante asumirá la totalidad del coste de todos los servicios o reparaciones necesarios. X no asumirá obligación o responsabilidad alguna para con el comprador".

Esta cláusula forma parte de un contrato de adhesión que se incluye en el envoltorio en el cual se sirve el programa, con la advertencia, más o menos visible, de que el hecho de rasgar (tear open) el envoltorio constituye aceptación de la totalidad del clausulado del contrato de adhesión. Esta cláusula, que sería de difícil aceptación dentro del sistema romanofrancés, en la medida en que un contrato que contenga esta cláusula se convierte en un contrato sin causa es decir, sin la ventaja o provecho económico que la parte busca con el contrato, o se trata de un contrato cuya validez o cumplimiento queda a merced de una de las partes. Aun dentro del Derecho norteamericano es dudosa la validez de esta cláusula, dentro del marco de las leyes de protección de los consumidores (ley MagnussonMoss, de 1975). Por lo que respecta a los contratos cuyo objeto no es la transmisión de un derecho de uso de un programa ya desarrollado y comercializado, sino la creación o desarrollo de un programa a la medida de las necesidades de un usuario, el Derecho norteamericano tiene asimismo soluciones que permiten salir al paso de los abusos por la vía de formas de responsabilidad extracontractual (torts) que se encuentran en una "zona gris" entre lo que es responsabilidad contractual y extracontractual. La jurisprudencia ha ido construyendo "entueritos" (torts), como son los de professional negligence o professional malpractice, al amparo del Restatement (Second, Torts), cuyo artículo 299A dice así:

"A menos que manifestare que posee mayor o menor pericia o saber, el que se compromete a prestar servicios propios de una profesión u oficio, está

obligado a usar de la pericia y saber que normalmente poseen las personas de la misma profesión u oficio que gozan de buena reputación en comunidades similares".

Recientemente se ha intentado incluso definir un tipo específico de tort para este contexto, con la denominación de *computer malpractice*, que por ahora no parece haber sido aceptado por los tribunales.

7. Los contratos tipo contienen cláusulas que subdividen y matizan tipos diversos de penas indemnizatorias, según se trate de sanciones por incumplimiento (*exemplary damages*), o de remedios para casos de perjuicios causados por conducta culposa del proveedor o del cliente (*incidental damages*), o de perjuicios indirectos, consistentes principalmente en modalidades de lucro cesante (*consequential damages*). Si estas penas se cifran previamente en cantidad líquida, como penas liquidatorias (*liquidated damages*), suelen pactarse como penas sustitutorias. En el sistema romanofrancés, estas distinciones no tienen una trascendencia específica. La indemnización por daños indirectos, es decir, la pérdida de expectativas de nuevos contratos y el lucro cesante, es parte de la indemnización, según los Códigos civiles (Código civil español, artículo 1106; id. argentino, artículo 519; id. colombiano, artículo 1613). Por lo demás, la indemnización sólo cubre los daños y perjuicios que fueren consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación (cfr. Código civil español, artículo 1107). El artículo 521 del Código civil argentino (versión de la ley 17.711) alude a los daños indirectos o *consequential damages*, pero sólo en el caso de que la inexecución de la obligación fuere maliciosa. En todo caso, la finalidad sancionadora o la causa concreta del perjuicio (*exemplary* o *incidental damages*) son irrelevantes.

8. La inclusión de la cláusula de *waiver* no tiene otra razón de ser que una clara peculiaridad del Derecho angloamericano de obligaciones. La *waiver* es una modalidad de modificación o de extinción de las obligaciones derivadas de un contrato. Se trata de una modificación unilateral del contrato por dejación de una de las partes: la parte no exige a la otra el cumplimiento de la prestación en un caso concreto, sin ofrecer una contrapartida consistente en una modificación proporcional o equivalente (por ejemplo, un nuevo plazo de cumplimiento); si, con posterioridad, la parte que de esta manera ha hecho dejación de su derecho a exigir el cumplimiento de lo pactado pretende exigirlo, la otra parte puede oponer la excepción de *estoppel* (remedio equivalente a nuestra regla de *venire contra factum proprium non valet*). Es el reflejo de la doctrina de la *consideration* en la fase de cumplimiento del contrato. No es una renuncia de derechos, puesto que en el Derecho angloamericano existe también la renuncia propiamente tal (*renunciation*). En el sistema romanofrancés no es posible encontrar equivalencia alguna: no es renuncia, pues ésta tiene que ser expresa, ni es una prescripción, que, por definición requiere el paso del tiempo, en tanto que en la *waiver* se trata de un acto aislado de tolerancia del

incumplimiento. Tampoco cabe inferir de esta dejación circunstancial, que el cumplimiento de la obligación haya quedado a merced de uno de los contratantes. El C.U.C. recoge la noción de waiver, pero con una fisonomía distinta que la que el concepto ofrece en el common law. El parágrafo 1107 dice así:

"Cualquier pretensión (claim) o derecho que resultare de un incumplimiento presunto podrá ser abdicado en todo o en parte sin contraprestación (consideration) mediante dejación o renuncia expresada por escrito firmado y entregado a la parte agraviada".

El precepto es confuso, pero el "comentario oficial" o interpretación auténtica aclara que esta regla debe ser contemplada en relación con la obligación de buena fe (parágrafo 1203) y que cabe la dejación o renuncia verbal, pero en tal caso es preciso que exista la consideration. El parágrafo 2209 recoge la noción de waiver en la acepción corriente. Este precepto hace referencia a la posibilidad de retractarse de la waiver, para lo cual exige una comunicación "razonable" de que una cláusula o condición del contrato objeto de dejación requiere un cumplimiento estricto; la retractación no sería, sin embargo, válida si resultara injusta a la vista de un cambio sustancial de posición como consecuencia de haber confiado en la waiver. Se trata, pues, de algo totalmente ajeno al Derecho romanofrancés, lo cual no es óbice a que en los contratos se incluya una cláusula que salga al paso de la misma.

9. De los dos principios que cabe invocar en los contratos de compraventa en relación con la transmisión de los riesgos de la cosa vendida, *res perit emptori* y *res perit venditori*, los contratos de adhesión contienen, en general, una solución distinta de la de la mayoría de los sistemas de área romanofrancesa en lo que respecta a la transmisión de la titularidad de los bienes cuya entrega es la obligación principal de los contratos de compraventa de bienes informáticos. Los contratos de adhesión tienden a aplicar el principio de *res perit emptori*. Es dudoso si esta práctica es consecuencia de la aplicación del C.U.C., aunque puede estar basada en él. El C.U.C. regula el problema de la transmisión de la titularidad de los bienes en los párrafos 2401 y 2501.

Según el primero, el vendedor y el comprador pueden convenir libremente las condiciones de la transmisión del dominio de los bienes. La transmisión no es posible, sin embargo, antes de que los bienes objeto del contrato hayan sido "identificados" como tales. El parágrafo 2501 dice así:

"El comprador obtiene un dominio limitado (*special property*) y un derecho asegurable sobre los bienes por el hecho de la identificación de unos bienes existentes como aquéllos a los cuales el contrato se refiere, aun cuando los bienes así identificados no fueren conformes y le corresponda una opción de devolverlos o rehusarlos. La identificación puede hacerse en el momento y del modo en que las partes expresamente convinieren".



El vendedor puede reservarse, sin embargo, un derecho de retención (security interest). Sin perjuicio de estas dos reglas, la norma en materia de transmisión es la que expresa el parágrafo 2401, apartado (2):

"A menos que expresamente se hubiere convenido de otro modo, el dominio (title) se transmite al comprador en el momento y lugar en el que el vendedor consumare su prestación en lo que respecta a la entrega física de los bienes, sin perjuicio de reservarse un derecho de retención y aun cuando hubiere de ser entregado un documento acreditativo del título de dominio en otro momento y lugar".

El precepto matiza estas reglas para los casos en que los bienes hayan de ser expedidos a otro lugar y en que no se produzca un desplazamiento de los bienes. En el primer supuesto, la transmisión se produce en el momento de la expedición y en el segundo en el de la entrega de la documentación o, si los bienes han sido "identificados" como objeto del contrato y no se ha pactado entrega de documentación alguna, la transmisión se opera en el momento y lugar de la perfección del contrato. Hay, pues, dos momentos: "identificación" de los bienes que crea una expectativa, y tradición (física o ficta). Estos preceptos del C.U.C. desbordan el tema principal de la transmisión del dominio, pero contemplan en parte el problema de la transmisión de los riesgos, en la medida en que prevén el momento en el cual el comprador adquiere un "derecho asegurable". En realidad, lo que estas reglas contemplan es el supuesto de las cosas genéricas: lo que se identifica no son las cosas específicas, sino un género. Estas reglas del C.U.C. son válidas en el caso de los bienes informáticos, si se tiene en cuenta que hasta tanto se hayan superado las pruebas de recepción y se extienda la oportuna acta, los derechos del comprador están referidos a un genus; sólo una vez que se ha extendido el acta de recepción puede decirse que la cosa entregada es determinada y específica, en cuanto que se trata de un conjunto de máquinas o dispositivos, identificados mediante una numeración de serie, que son los que han superado las pruebas.

9. Al margen de estas cláusulas, cuya justificación es ajena a la estructura del Derecho romanofrancés, los contratos de adhesión incluyen de ordinario cláusulas que, aun estando dentro del espíritu del Derecho romanofrancés, constituyen ventajas unilaterales para el proveedor, pero sin que exista una base jurídica al respecto. Así, es corriente invocar las reglas de la propiedad intelectual para imponer a los usuarios condiciones abusivas de uso de los programas. Se olvida que la propiedad intelectual no agota las posibilidades de configuración de la relación contractual entre autor y usuario, ya que las legislaciones de propiedad intelectual dejan amplio margen al libre acuerdo de las partes a tal efecto. En rigor, la mayoría de las reglas son de naturaleza dispositiva, por lo cual corresponde al usuario o al titular de los derechos de explotación obtener unas condiciones favorables por vía de negociación, sin que las reglas legales constituyan un freno para ello. Por tal razón, es preciso, en la fa-



se negociadora, tener bien presente este amplio margen de acuerdo de las partes y salir al paso de cláusulas como la que se conoce con el nombre de just like a book y que figura con frecuencia en contratos de licencia de uso de programas. El licenciante de un programa advierte al licenciario que el uso del programa equivale a la lectura de un libro: del mismo modo que un mismo libro no puede ser leído simultáneamente por dos personas que se encuentran en lugares distintos, un mismo programa (una misma copia o ejemplar) no puede ser usada a la vez en varias máquinas o por varios usuarios. Una variante de esta cláusula, tomada de un caso real, es la siguiente:

"Este programa está protegido por el Derecho de propiedad intelectual de los Estados Unidos y por las disposiciones de los tratados internacionales. Por ello, deberá Vd. tratar este programa exactamente como un libro. Al decir "exactamente como un libro", X quiere decir, por ejemplo, que este programa puede ser usado por varias personas y puede ser trasladado libremente de una instalación informática a otra, siempre que no exista posibilidad de que sea usado en un lugar determinado mientras está siéndolo en otro. Del mismo modo que un libro no puede ser leído por dos personas distintas al mismo tiempo, tampoco el programa puede ser usado por dos personas distintas en dos lugares distintos al mismo tiempo. (Naturalmente, a menos que se violare el derecho de propiedad intelectual de X)".

Esta afirmación no es exacta. El Derecho de la propiedad intelectual no es óbice para que de una obra se hagan múltiples ejemplares, precisamente como se hace con una obra literaria. Es perfectamente posible que la obra sea leída al mismo tiempo por tantas personas como ejemplares comprenda la edición. Los programas de microordenadores se comercializan en gran número de ejemplares y pueden ser usados a la vez por distintas personas en distintas instalaciones. No hay que confundir las normas imperativas (muy escasas) del Derecho de la propiedad intelectual con las posibilidades que éste ofrece en cuanto a la negociación de las condiciones de uso de una obra. La propiedad intelectual de los programas no es la única forma de proteger los intereses de los distintos sujetos de la relación jurídica: además del creador o el titular de los derechos de propiedad intelectual, existen los usuarios, cuya protección requiere otras soluciones jurídicas. En rigor, la extensión de la propiedad intelectual a los programas ha contribuido a reforzar, dentro del marco de la propiedad intelectual, los derechos de los autores, intensificando la exclusividad de sus derechos con relación a las obras tradicionalmente protegidas por el derecho de autor. Es preciso, por ello, completar el cuadro jurídico con una protección de los intereses de los usuarios por vía contractual. A este respecto, hay que destacar la iniciativa de la Confederación de Asociaciones Europeas de Usuarios de las Tecnologías de la Información (C.E.C.U.A.), que en 1987 promovió la redacción de una "Carta del Usuario de Programas". La Carta fué redactada en octubre de 1987, en la Universidad de Gante (Bélgica) por un grupo de trabajo presidido por el profesor Guy Vandenberghe y formado por representantes de los

usuarios de Francia, Reino Unido, Alemania Federal, España, Bélgica y los Países Bajos. La Carta fue elevada a la Comisión de las Comunidades Europeas, la cual no se ha pronunciado sobre la misma. Ofrece interés la reproducción literal de la Carta, por cuanto que sitúa la problemática de los usuarios de programas en la óptica adecuada y contiene unas proposiciones que permiten orientar las cláusulas de los contratos. A continuación insertamos la Carta de Gante:

"La Confederación de Asociaciones Europeas de Usuarios de las Tecnologías de la Información (C.E.C.U.A.);

considerando que la protección de los programas de ordenador es necesaria para remunerar a los creadores y estimular la creación;

considerando el hecho de que el Derecho de la propiedad intelectual ofrece la ventaja de ser un sistema internacional de protección de las obras del ingenio que cuenta con el debido arraigo;

considerando que la protección de los programas de ordenador mediante la propiedad intelectual se halla aceptada realmente a escala internacional como forma principal de protección de los programas de ordenador;

considerando que los contratos son y serán otro medio de protección y a la vez el más idóneo para lograr un equilibrio entre los intereses del usuario y los intereses del proveedor;

considerando, no obstante, que no es enteramente satisfactorio dejar a la sola voluntad de las partes la compensación equilibrada de los intereses de las partes;

considerando que, al ser el programa un bien 'vivo' que constituye un producto comerciable y que, en parte, se ha convertido en un producto comercializado en masa, no siempre se conciertan contratos para cada caso concreto;

considerando que los costes de los programas constituyen un elemento importante dentro del conjunto del coste total de la tecnología de la información y que aumentan rápidamente;

considerando que, puesto que las partes no siempre gozan de igual posición negociadora, el resultado puede ser la expresión de un equilibrio de fuerzas y no un equilibrio equitativo;

considerando que el Derecho de la propiedad intelectual constituirá el telón de fondo de la negociación de los contratos;

considerando que la propiedad intelectual permite la armonización del tráfico, en tanto que los contratos conducen a una confusa diversidad normativa;

considerando que si los intereses de los usuarios y los proveedores de programas no se equilibran equitativamente en el Derecho de la propiedad intelectual, puede ser difícil negociar un equilibrio en el contrato sobre bases de igualdad;

considerando que la mayor parte de los programas cumplen las condiciones necesarias para ser acreedores a la protección jurídica, que la protección se concede sin exigir acto alguno del creador, que la protección es suficientemente eficaz como para impedir que nadie utilice legalmente un programa de ordenador sin licencia del propietario o de su representante;

considerando, por tanto, que el Derecho de la propiedad intelectual confiere al proveedor una posición de poder;

considerando que, para mantener un equilibrio entre los derechos de los propietarios y los derechos de los usuarios es de todo punto necesario que el Derecho de la propiedad intelectual no sólo mencione expresamente los programas de ordenador como obras de autoría protegibles, sino que asimismo mencione explícitamente los derechos mínimos de los usuarios que legalmente adquieran un ejemplar de un programa;

por tanto,

la Confederación de Asociaciones Europeas de Usuarios de las Tecnologías de la Información (C.E.C.U.A.) aconseja a la Comisión de las Comunidades Europeas que reconozca como derechos mínimos que a favor de los usuarios legítimos de los programas de ordenador deben ser mencionados explícitamente en la regulación legal de la propiedad intelectual los siguientes:

el derecho a copiar un programa en un ordenador para utilizar el programa;

el derecho a hacer copias del programa a efectos de seguridad, auditoría y archivo (\*);

el derecho a usar el programa en una red y cargarlo en dispositivos periféricos (disco duro, por ejemplo) salvo que otra cosa se pactare en el contrato;

el derecho a adaptar el programa para las necesidades propias del usuario o, al menos, a hacer que la adaptación sea llevada a cabo por el proveedor (\*\*) en condiciones razonables;

el derecho a no verse impedido en el uso del programa por razón de derechos morales referentes al programa, en su caso;

el derecho al mantenimiento del programa en condiciones razonables, salvo que se tratare de programas que no requirieren mantenimiento;

el derecho a no ser constreñido a concertar un contrato de mantenimiento para adquirir el derecho a usar el programa;

el derecho a conocer y usar el programa fuente pertinente y la documentación aneja cuando fueren necesarios para fines legítimos de mantenimiento, siempre que no fuere prestado un servicio de mantenimiento en condiciones razonables;

el derecho a ceder el programa con todos los derechos y obligaciones anexas, siempre que el cesionario propuesto no fuere una persona con respecto a la cual el propietario opusiere reparos razonables;

el derecho de las instituciones sin fin lucrativo a estudiar y analizar programas para fines de investigación científica y sin miras comerciales;

Asimismo:

por lo que respecta a los programas desrrollados a medida, la propiedad y el programa fuente deberán corresponder al cliente, salvo que en el contrato se pactare otra cosa;

el plazo de protección de los programas de ordenador dentro de la regulación de la propiedad intelectual deberá estar limitado a 25 años;

es necesario ahondar en el estudio de los derechos de los usuarios con relación a sistemas expertos, bases de datos y generadores de programas;

la Comisión de las Comunidades Europeas deberá vigilar con todo rigor los usos y condiciones de contratación de las empresas proveedoras de programas, al amparo de lo dispuesto en los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma y fomentar la aplicación de las legislaciones nacionales de represión de los monopolios".

10. Tampoco debe aceptarse sin más la denominada cláusula de cliente más favorecido, según la cual cada vez que el proveedor reconoce a otro cliente "conjuntos completos de condiciones contractuales", se entenderá que las del cliente han quedado modificadas ipso facto. La realidad es que no se conocen casos de aplicación efectiva de esta cláusula. En la medida en que la decisión sobre cuándo existe o no ese "conjunto completo de condiciones" se la reserva

el proveedor, esta cláusula constituye un supuesto de modificación unilateral que caería dentro del ámbito de normas como la del artículo 1256 del Código civil español, por ejemplo, que prohíbe que el cumplimiento del contrato quede a merced de una de las partes.

(\*) El derecho a usar, ceder, etc. copias de reserva y adaptaciones deberá articularse con los derechos sobre el ejemplar original del programa.

(\*\*) Por "proveedor" se entiende el propietario del programa, sus derechohabientes y representante, y la persona a la cual el propietario hubiere concedido el derecho a ceder el programa bajo licencia.

