

LAW-FAQ
o
CATECISMO JURÍDICO PARA
INFORMÁTICOS
5. CONTRATOS DE MATERIA
INFORMÁTICA

José Luis Pérez de la Cruz
Licenciado en Derecho
Catedrático de Lenguajes y Ciencias de la Computación
de la Universidad de Málaga

23 de mayo de 2020

©José Luis Pérez de la Cruz, 2014

Distribuido bajo licencia Creative Commons BY



Compuesto por el autor mediante \LaTeX

1. Conceptos generales

¿Por qué medio se originan la mayoría de las obligaciones y derechos de empresarios y profesionales?

Por la celebración¹ de contratos.

¿Qué es un contrato?

El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio².

Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras. Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres³.

¿Qué puede pactarse en un contrato?

Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público⁴.

¿A quiénes obliga lo pactado?

Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos⁵.

Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez⁶.

¿Desde cuándo obliga el contrato?

Los contratos se perfeccionan⁷ por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley⁸.

El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato. En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación⁹.

¿Se exige una forma especial para celebrar contratos?

En general, no. Rige el llamado principio de “libertad de forma” y los contratantes pueden hacer constar el contenido del contrato y su consentimiento de la

¹ “Celebrar” es según la Academia “otorgar o firmar un contrato”. (Dicc. del español jurídico)

² Art. 1254 del Código Civil.

³ Art. 1271 del Código Civil.

⁴ Art. 1255 del Código Civil.

⁵ Eso dice el art. 1257 del Código Civil, pero esta regla general tiene muchas excepciones.

⁶ Art. 1278 del Código Civil.

⁷ Perfeccionar: *Completar los requisitos para que un acto civil, especialmente un contrato, tenga plena fuerza jurídica.* (DRAE)

⁸ Art. 1258 del Código Civil.

⁹ Art. 1262 del Código Civil.

forma que estimen oportuna (normalmente, en los casos que consideramos aquí lo harán por escrito).

Sin embargo, algunos contratos deben constar en *documento público*, por ejemplo los relativos a la compra y venta de bienes inmuebles.

¿Qué es un documento público?

Es un documento autorizado¹⁰ por un notario (o por otro empleado público competente para ello) con las solemnidades requeridas por la ley y que acredita la identidad de los intervinientes y su fecha.

¿Qué es un contrato de adhesión?

Es el contrato cuyas cláusulas han sido preestablecidas por una de las partes, que no admite que la otra modifique o haga contraofertas, sino sólo que las acepte pura y simplemente, o que no contrate.

El contrato de adhesión aparece siempre que hay *contratación en masa*, es decir, cuando una empresa u organización ofrece sus bienes o servicios a un número indeterminado y muy grande de potenciales aceptantes que no están en situación de negociar las cláusulas, ni en general disponen del tiempo y los conocimientos necesarios para ello.

¿Hay leyes específicas que regulan los contratos de adhesión?

Sí. La Ley sobre condiciones generales de la contratación¹¹, y la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios¹².

En estas leyes se establece un procedimiento para que los Tribunales puedan declarar que ciertas cláusulas de estos contratos son *abusivas* y, por tanto, nulas y sin efecto. Se considerarán abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes¹³.

¿En qué consiste el contrato de arrendamiento?

El arrendamiento puede ser de cosas, o de obras o servicios.

¿En qué consiste el contrato de arrendamiento de cosa?

En el arrendamiento de cosas una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto. Precisamente esto es lo que suele llamarse “arrendamiento” o “alquiler” en el lenguaje común: arrendamiento o alquiler de un piso, de una finca, de un automóvil,...

¿En qué consiste el contrato de arrendamiento de obra?

En el arrendamiento de obras una de las partes se obliga a ejecutar una obra por precio cierto. La palabra “arrendamiento” no suele usarse en el lenguaje común

¹⁰Cuando se habla de documentos “autorizar” no significa “dar permiso” sino “dar fe”.

¹¹Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. Última modificación publicada el 16 de marzo de 2019.

¹²Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Última modificación publicada el 16 de marzo de 2019.

¹³Art. 82 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

con este sentido, pero, como veremos, estos “arrendamientos de obra” son muy frecuentes en el campo de la profesión informática.

¿En qué consiste el contrato de arrendamiento de servicios?

En el arrendamiento de servicios una de las partes se obliga a prestar a la otra un servicio por precio cierto¹⁴.

¿Qué significa que una obligación es “de resultado” o “de actividad”?

En un contrato de arrendamiento de obra una parte se obliga a *ejecutar una obra*. Ello significa que su obligación es entregar en plazo y forma la obra pactada, independientemente del mayor o menor esfuerzo que ello le suponga. Por eso se dice que esta es una “obligación de resultado”.

Por el contrario, en un contrato de arrendamiento de servicios una parte se obliga a prestar un servicio, es decir, a realizar cierta actividad. Ello significa que su obligación se cumple con la realización diligente de dicha actividad, sin que quede obligado a que se produzca un resultado concreto.

Por ejemplo, una parte puede obligarse a entregar un programa que cumpla ciertas condiciones (arrendamiento de obra y obligación de resultado) o bien puede obligarse a realizar diligentemente tareas de consultoría y programación durante cien horas efectivas (arrendamiento de servicios y obligación de actividad).

¿Qué puede hacer una parte si estima que la otra parte no ha cumplido sus obligaciones contractuales?

La parte cumplidora puede exigir a la otra parte el cumplimiento del contrato, o bien puede optar por la *resolución unilateral*¹⁵ del contrato. En ambos casos puede pedir también la correspondiente indemnización por daños y perjuicios.

¿Y si la otra parte no está de acuerdo y estima que sí ha cumplido?

Esto es lo que ocurrirá normalmente. Si en el contrato se estableció un procedimiento extrajudicial de resolución de conflictos (por ejemplo, arbitraje) las partes están obligadas a someterse a él.

En otro caso acudirán a la jurisdicción ordinaria. La parte que se considera agraviada interpondrá una *demanda* a la cual la otra parte contestará con los argumentos que estime oportunos (*contestación a la demanda*). Incluso puede “contraatacar” y responder con otra demanda contra quien la ha demandado (esto se llama *reconvención*).

¿Es necesario pactar en el contrato la facultad de resolverlo por incumplimiento?

No es necesario, aunque se hace frecuentemente. La ley concede esta facultad¹⁶.

También se suelen fijar en el contrato indemnizaciones en dinero para el caso de retrasos o cumplimiento defectuoso de las obligaciones de una de las partes.

¹⁴Arts. 1542–1544 del Código Civil.

¹⁵*Resolver*: Deshacer, destruir. (DRAE)

¹⁶Art. 1124 del Código Civil.

2. Contratos de materia informática

¿Hay alguna regulación específica de los contratos de materia informática?

No. Estos contratos se rigen por lo establecido con carácter general en el ordenamiento jurídico y, como ya hemos dicho, las partes tienen autonomía para establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente.

¿Qué contratos relativos al hardware son los más frecuentes?

Los equipos informáticos pueden adquirirse por compraventa.

También es frecuente el arrendamiento de los equipos, en cuyo caso se adquiere el derecho a usarlos pero no su propiedad, a veces acompañado de otras prestaciones como aseguramiento, mantenimiento, reemplazo, etc. (para ello se ha inventado la palabra *renting*).

Otra opción es el arrendamiento financiero o *leasing*, en el cual el arrendatario tiene opción a comprar los equipos al final del plazo pactado.

La elección entre una figura u otra depende muchas veces de razones contables o fiscales.

¿Qué es un contrato de “housing”?

Es un contrato en virtud del cual una parte (el prestador del servicio) se obliga a cambio de un precio a alojar en sus instalaciones cierto hardware que es propiedad de la otra parte (el cliente) y a prestarle servicios adicionales como mantenimiento y conexión telemática.

¿Qué es una licencia de uso de software?

Es un contrato en virtud del cual una parte (el proveedor o licenciante) concede a otra (el usuario o licenciataria) la autorización para que esta use un software sobre el que aquella ostenta los derechos de explotación o de distribución, a cambio de una contraprestación monetaria.

Este contrato no puede asimilarse, salvo en casos especiales, a una compraventa ni a un arrendamiento de cosa¹⁷.

¿Qué cláusulas suele contener un contrato de licencia?

La licencia es casi siempre *no exclusiva*, pues otros usuarios también podrán independientemente adquirir el mismo derecho.

Suelen fijarse límites al número de máquinas o usuarios que pueden hacer uso del software. También pueden restringirse los posibles usos; por ejemplo, puede establecerse la prohibición de usarlo para prestar servicios a terceros.

Como sabemos, la cláusula de *intransferibilidad* carece de virtualidad cuando la licencia es por tiempo indefinido, en los términos establecidos por el TJUE¹⁸.

En cuanto las cláusulas de exención de responsabilidad y sometimiento a determinados tribunales, frecuentes en los contratos de adhesión, habrá de determinarse en cada caso su validez.

¹⁷Como veremos al hablar de los contratos del sector público, las licencias software son para el sector público *contratos de suministro*.

¹⁸Sentencia del TJUE de 3 julio 2012 en el caso “UsedSoft GmbH contra Oracle International Corp.”

Hay que tener cuidado al fijar el plazo de la licencia; si no se establece ninguno explícitamente, podría ser aplicable la Ley de Propiedad Intelectual, que fija por defecto un plazo de cinco años¹⁹.

¿Qué se entiende por “shrink-wrap” y “click-wrap”?

Son formas de manifestar la aceptación típicas de los contratos de adhesión de licencia de software. El “shrink-wrap” se empleaba cuando el software se distribuía en soportes físicos (CDs, etc.) La rotura del precinto del software implicaba la aceptación por el cliente de las cláusulas del contrato. El “click-wrap” se emplea cuando el software se distribuye vía Internet. El simple hecho de realizar un “click” en cierta casilla implica la aceptación por el cliente de las cláusulas del contrato.

¿Qué se entiende por contrato de licencia “llave en mano”?

En este contrato el proveedor se compromete no solo a autorizar el uso de cierto software, sino también a hacerlo funcionar de acuerdo a las necesidades concretas especificadas por el usuario. Ello implica que el proveedor debe prestar servicios de instalación, parametrización y adaptación (*customización*, en jerga), y formación. También se pueden pactar los servicios de consultoría y mantenimiento adaptativo.

¿Qué se entiende por contrato de desarrollo de software a medida?

Mediante este contrato una parte (el desarrollador) se compromete a entregar a otra (el cliente), a cambio de un precio, cierto software desarrollado específicamente para esta.

Este contrato se suele asimilar al de arrendamiento de obra²⁰. Por ello, lo que se entiende que se pacta es un *resultado*: el desarrollador no se compromete solo a realizar cierta actividad, sino también a entregar en plazo el producto acordado. Ello tiene una gran importancia a la hora de determinar si el desarrollador ha cumplido el contrato.

¿Quién es el titular de los derechos de explotación de este software?

Debe pactarse explícitamente. Puede ser que los derechos los conserve el desarrollador. En este caso el contrato contendrá una *licencia indefinida* a favor del cliente. También puede ser que los derechos se atribuyan al cliente, en cuyo caso el contrato contendrá una cláusula de *cesión de los derechos* de explotación.

¿Qué es un contrato de “escrow”?

Es un contrato de depósito conforme al cual el proveedor entrega una copia del código fuente a un tercero que se obliga tanto a custodiarlo como a entregar al cliente una copia del código si se cumplen ciertas condiciones fijadas en el mismo contrato.

¿Qué finalidad tiene el “escrow”?

¹⁹Art. 43.2 de la LPI.

²⁰Como veremos al hablar de los contratos del sector público, en ese caso la Ley los llama *contratos de servicios*. Pero que esta incongruencia terminológica no desoriente al lector. Las obligaciones que contrae el desarrollador son análogas a las que contrae en el sector privado.

La finalidad principal es la de garantizar al cliente el acceso al código fuente cuando ello resulte necesario, salvaguardando por otra parte los derechos del desarrollador.

¿Qué es un contrato de “hosting”?

Es un contrato en virtud del cual una parte (el prestador del servicio) se obliga a cambio de un precio a alojar en sus equipos informáticos los datos y aplicaciones de la otra parte (el cliente) y a proporcionar conexión y acceso telemático a ellos tanto al cliente como a los terceros que el cliente determine.

¿Qué es un contrato de “outsourcing” informático?

Es un contrato mediante el cual un cliente externaliza la gestión de sus sistemas de información, subcontratándola con una empresa externa. De esta forma el cliente no realiza directamente inversiones en hardware o software, ni ha de contratar personal especializado.

Cuando la externalización es parcial se suele denominar *outtasking*.

La contratación con un ASP (*Application Service Provider*) es una modalidad de outsourcing en la que un proveedor externo de aplicaciones (ASP) proporciona al cliente un centro de servicios *on-line* desde donde pone a disposición de este, de forma transparente, el hardware y software requeridos por sus sistemas de información. Otra denominación para este tipo de actividades es SaaS (“Software as a Service”) y, obviamente, es un fenómeno muy relacionado con la *computación en la nube* (“cloud computing”).

3. El objeto del contrato y su determinación

En un contrato de arrendamiento de obra, ¿cómo se determina ésta?

En la ingeniería tradicional la “obra” que una de las partes se obliga a entregar a la otra (el cliente) pertenece típicamente a una de estas dos categorías: o bien es la descripción (*proyecto*) de un objeto que satisfará ciertos deseos y necesidades del cliente, o bien es un objeto que se adecúa a dicha descripción (*ejecución* de un proyecto).

¿Qué es un proyecto de ingeniería?

Un proyecto es el conjunto de documentos, modelos o maquetas, en soporte físico, lógico u otro, que tiene como objeto la definición y la valoración de las características de un producto, obra, instalación, servicio o software (soporte lógico), que se requieren en función de su fin o destino²¹.

¿Qué estructura tiene un proyecto de ingeniería?

Viene fijada en la Norma UNE 157001:2014 *Criterios generales para la elaboración formal de los documentos que constituyen un proyecto técnico*. Las partes que se establecen son Índice General, Memoria, Anexos, Planos, Pliego de Condiciones, Estado de Mediciones, Presupuesto y, cuando proceda, Estudios con Entidad Propia.

²¹Norma UNE 157001

La Norma UNE 157001 debe seguirse para la redacción de proyectos de instalaciones de todo tipo, como instalaciones eléctricas, de comunicaciones, etc. En particular debe seguirse para redactar proyectos de centros e instalaciones informáticas.

¿Qué contenido tiene cada una de estas partes?

Según la citada Norma:

—La Memoria tiene como misión justificar las soluciones adoptadas y, conjuntamente con los planos y pliego de condiciones, describir de forma unívoca el objeto del Proyecto.

—Los Anexos están formados por los documentos que desarrollan, justifican o aclaran apartados específicos de la memoria como cálculos, etc.

—El Pliego de Condiciones tiene como misión establecer las condiciones técnicas, económicas, administrativas y legales para que el objeto del Proyecto pueda materializarse en las condiciones especificadas, como criterios de calidad, pruebas y ensayos que se habrán de realizar, normas y estándares de obligado cumplimiento, etc.

—El Estado de Mediciones y el Presupuesto tienen como misión determinar el coste económico de la ejecución del objeto descrito por el Proyecto.

¿Se aplica esta Norma para el desarrollo de software?

Aunque también pretende ser de aplicación para los sistemas software, lo cierto es que en este campo no resulta de demasiada utilidad, debido a las especiales características de aquellos. En los contratos de materia informática la descripción de la obra se suele realizar en *Anexos* que forman parte integrante del contrato, de extensión, estructura y contenido muy variables.

¿Que suelen contener estos Anexos?

Como mínimo deben contener una descripción general del objetivo que se pretende conseguir. En contratos de importe reducido es habitual que esto sea lo único que figure, en la esperanza de que a lo largo de la ejecución del contrato cliente y desarrollador colaboren fluidamente para la elaboración del análisis funcional y del documento de requisitos.

No obstante, esta práctica es muy peligrosa. El precio global sí que figurará en el contrato y es esperable que el cliente quiera conseguir por este precio más de lo que el desarrollador está dispuesto a proporcionar. Las discrepancias habrán de resolverse atendiendo a las conversaciones y actos previos o coetáneos al contrato²² (si es que existen y están documentados) o a los usos y prácticas habituales en el sector²³.

Otra posible fuente de problemas es la falta de colaboración del cliente una vez firmado el contrato. El análisis funcional y la captura de requisitos exigen tiempo y esfuerzo por parte del cliente y éste a veces no está en condiciones de proporcionarlos.

¿Y qué más pueden contener los Anexos?

²²Art. 1283 del Código Civil.

²³Art. 1287 del Código Civil.

El máximo grado de detalle estará constituido por el análisis funcional y el documento de requisitos. Incluso a veces figurarán algunas indicaciones sobre el diseño a nivel superior.

La elaboración de todos estos documentos es costosa en tiempo y dinero y podrá ser objeto de un contrato previo con un consultor o con la misma empresa que se prevee que sea el desarrollador.

Por otra parte, elevar a rango contractual todo esto puede tener algunos inconvenientes. El cliente puede indicar funcionalidades que realmente no necesita o requisitos que son demasiado exigentes, simplemente por un exceso de precaución. Además este enfoque, que resulta muy adecuado para el modelo clásico de desarrollo de software, quizás no lo sea tanto para otros modelos.

¿Y cuál sería el modelo de contrato adecuado para las metodologías ágiles?

Deberá tener en cuenta el carácter flexible de las metodologías y la continua colaboración que exigen entre cliente y desarrollador²⁴.

Por ejemplo, la lista de objetivos (*Product Backlog*) inicial no será vinculante y se fijarán revisiones regulares de esta lista. Se establecerá la posibilidad gratuita de que el cliente cambie una funcionalidad por otra para cuya consecución se necesite un esfuerzo equivalente.

Y el cliente podrá dar por finalizado anticipadamente el proyecto mediante el pago de una indemnización al desarrollador (se suele hablar del 20 % del importe restante)²⁵.

¿Cómo puede averiguar el juez en qué grado la obra entregada incumple lo descrito en el contrato?

Lo habitual es que se base en lo que manifiesten expertos en materia informática, que actúen como *peritos*.

Dice la ley que cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos, las partes podrán aportar al proceso el dictamen de peritos que posean los conocimientos correspondientes o solicitar que se emita dictamen por perito designado por el tribunal.

Al emitir el dictamen, todo perito deberá manifestar que ha actuado con la mayor objetividad posible, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes²⁶.

Otros nombres comúnmente empleados para designar el dictamen de peritos son “pericia” o “prueba pericial”.

¿Cómo y cuando pueden las partes aportar los dictámenes de los peritos?

Habrán de aportarlos con la demanda o con la contestación. Los dictámenes se formularán por escrito. Si no les fuese posible a las partes aportar los dictámenes junto con la demanda o contestación, expresarán en una u otra los dictámenes

²⁴Remitimos al lector interesado a Albaladejo, X.: *Cómo cocinar tu contrato ágil*, <http://www.proyectosagiles.org/como-cocinar-tu-contrato-agil>

²⁵Esta facultad se concede con carácter general al *dueño* en el art. 1594 del Código Civil

²⁶Art. 335 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

de que, en su caso, pretendan valerse, que habrán de aportar, para su traslado a la parte contraria, en cuanto dispongan de ellos.

Aportados los dictámenes, las partes habrán de manifestar si desean que los peritos comparezcan en el juicio, expresando si deberán exponer o explicar el dictamen o responder a preguntas, objeciones o propuestas de rectificación o intervenir de cualquier otra forma útil para entender y valorar el dictamen²⁷.

¿Y puede el perito ser designado por el juez?

El demandante o el demandado podrán solicitar que se proceda a la designación judicial de perito, si entienden conveniente o necesario para sus intereses la emisión de informe pericial. En tal caso, el Tribunal procederá a la designación, siempre que considere pertinente y útil el dictamen pericial solicitado. Dicho dictamen será a costa de quien lo haya pedido, sin perjuicio de lo que pudiere acordarse en materia de costas²⁸.

¿Quién puede ser perito?

Los peritos deberán poseer el título oficial que corresponda a la materia objeto del dictamen. Para la designación de peritos por el juez, se interesará de los distintos Colegios profesionales o entidades análogas el envío de una lista de colegiados o asociados dispuestos a actuar como peritos. La primera designación de cada lista se efectuará por sorteo, y a partir de ella se efectuarán las siguientes designaciones por orden correlativo²⁹.

¿Es vinculante para el juez el dictamen pericial?

El juez valorará el dictamen pericial conforme a las reglas de la sana crítica³⁰. En la práctica, ello significa que no está obligado a aceptar ciegamente lo que el perito dictamine pero que, en caso de separarse del dictamen, deberá razonarlo cuidadosamente.

¿Qué contenido tiene un dictamen pericial?

El dictamen debe ser claro, evitando la jerga profesional e incluso las palabras técnicas cuando ello sea posible, de forma que resulte claramente comprensible por todos los interesados.

También debe ser conciso, limitándose a las cuestiones planteadas por las partes o el tribunal, justificando todo lo que se afirme y no entrando en valoraciones éticas o jurídicas.

¿Cuál es la estructura de un dictamen pericial?

Viene definida escuetamente por las normas UNE 197001:2011 “Criterios Generales para la elaboración de informes y dictámenes periciales” y UNE 197010:2015 “Normas Generales para la elaboración de informes y dictámenes periciales sobre TIC”.

Tras unos apartados preliminares para identificar al perito y la pericia, el cuerpo del dictamen empezará delimitando su *objeto y alcance*. A continuación se indicarán los *antecedentes*, es decir, los hechos anteriores a la realización del

²⁷ Arts. 336 y 337 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

²⁸ Art. 339 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

²⁹ Arts. 340 y 341 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

³⁰ Art. 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

dictamen, especialmente la relación de objetos entregados al perito o recogidos por él. En las *consideraciones preliminares* se describirán los criterios, técnicas y metodologías empleados. Se incluirán a continuación los *documentos de referencia* (normas, estándares, bibliografía,...) y una lista con la *terminología y abreviaturas* empleadas.

Las partes sustantivas del cuerpo del dictamen son el *análisis* y las *conclusiones*. En el análisis se deben detallar y describir todas las operaciones y mediciones realizadas por el perito o encargadas por él a terceros. Como consecuencia de este análisis, en las conclusiones se dará respuesta a las cuestiones planteadas, añadiendo los matices o puntualizaciones que el perito estime convenientes.