

CONTRATOS INFORMÁTICOS

1.- Concepto

El contrato informático está comprendido dentro de la amplia definición estudiada de contratos, por lo que se le aplican las disposiciones generales desarrolladas previamente. Cualquiera sea el objeto de las prestaciones, siempre estaremos ante una compraventa, locación, etc. En esta línea de pensamiento el contrato solo sería atípico si lo es el negocio contractual que genera las obligaciones de las partes.

Este tipo de contrato puede definirse como *“todo acuerdo en virtud del cual se crean, conservan, modifican o extinguen obligaciones relativas al tratamiento automatizado de información”*.

2.- Tipos de Contratos Informáticos

Clasificación

Según la materia del acto que se celebre, los contratos informáticos pueden distinguirse de la siguiente manera:

- **Contratos de Equipos y programas informáticos:** son aquellos que tienen a los bienes informáticos por objeto.
- **Contratos de Servicios Informáticos:** son aquellos que toman a la informática como medio, dando lugar a la contratación electrónica o comercio electrónico, o más ampliamente al “Derecho del espacio cibernético” (*cyberlaw*).

Contratos de Equipos y programas informáticos

Estos contratos tienen por objeto la utilización de equipos (*hardware*) y programas (*software*) informáticos.

El equipo informático (*hardware*) comprende los bienes físicos o materiales, cuya propiedad no ofrece duda alguna.

El programa (*software*) puede ser elaborado especialmente, ajustándose al pedido y las necesidades de quien lo solicita o bien ser un producto estándar que tiene en cuenta necesidades de segmentos predefinidos de adquirentes, el programa ya está definido, es inmodificable, dirigido al mercado general y no a un usuario particular. La diferencia es jurídicamente relevante toda vez que en el primer supuesto hay una locación de obra, mientras que en el segundo caso habitualmente es una compraventa.

La inclusión de los programas dentro de la ley que protege la creación autoral, no significa identidad entre ambos conceptos. El programa de computación es profundamente interactivo y no por ello involucra siempre la presencia del usuario, lo que hace que el autor no pueda oponerse a la adaptación del programa dentro de los límites que se fijen; el programa tiene una finalidad económica que no se compadece con los aspectos morales del derecho de autor; la noción de creatividad es problemática en un mundo en que se crean numerosos programas y en los que una pequeña variación puede ser invocada como “creativa”, lo que hace que se juzgue conforme a un estándar profesional, lo que no es habitual en los derechos de autor.

La ley 11.723 modificada por ley 25.036 incluye la protección de los programas de computación, las compilaciones de datos o de otros materiales. Dicha ley dispone que:

“quien haya recibido de los autores o de sus derechohabientes de un programa de computación una licencia para usarlo, podrá reproducir una única copia de salvaguardia de los ejemplares originales del mismo. Dicha copia deberá estar debidamente identificada, con indicación del licenciado que realizó la copia y la fecha de la misma. La copia de salvaguardia no podrá ser utilizada para otra finalidad que la de reemplazar el ejemplar original del programa de computación licenciado si ese original se pierde o deviene inútil para su utilización”.

Pueden distinguirse distintos tipos de contratos:

- **Compraventa de equipos informáticos**, por el que se transfiere la propiedad sobre un equipo.

Las obligaciones del vendedor:

- Brindar información al adquirente
- Entregar el equipo
- Otorgar garantías
- Dar indemnidad de patentes

Las obligaciones del adquirente:

- Pagar el precio
- Respetar las directivas del proveedor
- Tener en cuenta un periodo de ajuste del equipo (para aquellos equipos que lo requieran)
- Preparar sus locales (para los equipos de gran porte)
- Colaborar con el vendedor

- **Cesión de derechos intelectuales sobre programas**
- **Elaboración de un programa a medida**, es el denominado “desarrollo de software” por el cual se contrata la creación de un programa sujeto a una descripción funcional que las partes acuerdan como anexo, celebrando así una locación de obra intelectual.
- **Cesión del uso de equipos y programas**, se trata de un contrato de licencia para su uso o reproducción.
- **Locación y leasing sobre equipos y programas**. El contrato de leasing es muy utilizado en el campo de la informática, en razón de tratarse de bienes de rápido envejecimiento tecnológico, por lo que el usuario no invierte grandes sumas de dinero sino que luego de pagadas unas cuotas, el precio del bien baja abruptamente y la opción de compra es por un precio más bajo.

El proveedor y la sociedad de leasing se vinculan por un contrato de venta; la sociedad de leasing celebra respecto del material comprado un contrato de locación, el cual es acompañado de un contrato de promesa de venta. El objeto principal del contrato de leasing informativo es dar el equipo en arrendamiento con opción a compra.

- **Contrato de Mantenimiento**, en los que el usuario contrata el mantenimiento a fin de evitar diversos riesgos desde el simple corte del suministro de energía, la incompatibilidad de un sistema con otro, hasta la presencia de virus, hackers, etc.

Se trata de un servicio que asegure la optimización del funcionamiento del material informático. Es un acuerdo bilateral por el cual una parte se obliga en forma independiente a mantener en buenas condiciones de funcionamiento el equipo físico o lógico indicando por otra parte, y el usuario se obliga a pagar un precio.

Este servicio comprende el mantenimiento preventivo (mantener el soporte físico/lógico) funcionando y la reparación en caso de desperfectos.

En cuanto a sus características se trata de un contrato bilateral y oneroso, además de tracto sucesivo pues la prestación del servicio es de ejecución continuada.

Puede estar incluido dentro del contrato principal de suministro de equipo o software, o bien instrumentarse por separado.

Obligaciones del proveedor

La principal obligación es mantener el equipo en óptimas condiciones de funcionamiento.

Mantenimiento preventivo: este servicio debe comprender el control periódico del funcionamiento del equipo.

Mantenimiento en caso de desperfectos: Tal estipulación es esencial para evitar interrupciones en la operación de la computadora o daños mayores.

Con el fin de establecer claramente la forma de emitir y recibir la notificación sobre las fallas del equipo contratado, el proveedor proporcionara oportunamente un instructivo para este efecto y una nomina del personal autorizado a prestar el servicio.

Consecuencia de la mala ejecución de las obligaciones de mantenimiento por parte del proveedor:

El cliente puede reclamar la resolución del contrato y los daños y perjuicios.

Puede darse que se reclamen solo los daños y perjuicios sin alegar la resolución.

Obligaciones del usuario

- Pagar el precio.
- Respetar las directivas del proveedor.
- Tener en cuenta un precio de ajuste del equipo (para aquellos equipos que lo requieran).
- Preparar sus locales (para los equipos de gran porte).
- Colaborar con el vendedor.
- Si el usuario no paga el precio, el proveedor podrá cesar el mantenimiento del sistema.

Puede suceder que el usuario deje de pagar, alegando una mala ejecución de las obligaciones del proveedor. En este caso la mala ejecución del mantenimiento debe ser probada por el usuario.

- **Contratos de scrow**, el cual se celebra entre la empresa de software propietaria del programa y el usuario del mismo, con la concurrencia de un tercero depositario. Así el titular protege el “Código Fuente” (núcleo formal del programa) entregando el código a un tercero que se constituye en depositario del mismo y se obliga a entregarlo al usuario cuando se cumplan las condiciones determinadas en el contrato. El depositario además asume obligaciones propias del servicio de mantenimiento (proteger el código, actualizarlo, mantenerlo).
- **Contratos sobre el software**

Generalidades.

Los acuerdos contractuales para la comercialización de software pueden clasificarse desde varios puntos de vista:

- Según la función del software en cuestión, sistemas operativos, aplicaciones o manejo de base de datos.
- El grado de estandarización del software determina tres subcategorías:

1-Para el soft a medida, el proveedor se compromete a desarrollar a partir de nada anterior el software adaptándolo a las necesidades del cliente.

2-Para el soft de paquetes, transferencia y entrega del software estándar más algunas obligaciones ligadas a los servicios.

3-Para el soft adaptado al cliente, transferencia de un paquete y obligaciones específicas del proveedor con respecto a su modificación.

La vinculación o no del equipo de computación con el software conduce a dos formas de acuerdo:

-Los acuerdos conjuntos comprenden en un único contrato el suministro de equipos y software.

-Los acuerdos independientes tratan por separado al software y al hardware, aunque exista una unión “de facto” entre el equipo provisto por una firma y el software que esta sugiere o induce a utilizar.

La naturaleza jurídica de los acuerdos contractuales puede variar según el tipo de software transferido y conforme al alcance de las obligaciones del proveedor.

*La venta o cesión de los derechos con respecto al soft implica la transferencia de los derechos de propiedad que corresponden al proveedor, frecuente en los contratos sobre desarrollo de software a medida, donde el cliente se convierte en propietario de los programas desarrollados.

*El contrato de licencia es el acuerdo contractual más común, particularmente para los paquetes de software. Esta modalidad se basa en la existencia de un derecho de propiedad que es retenido por el proveedor.

*Pueden establecerse acuerdos de servicios para el desarrollo de software a medida, típicos en la industria de procesamiento de datos; particularmente en el suministro de tiempo, por el cual se ofrece al cliente, mediante el pago de un arancel, el acceso a un servicio de computación con respecto al equipo y al software de una firma a fin de procesar los datos del cliente.

Apreciaciones críticas sobre las disposiciones más importantes de contratos de software

Objeto, Definición y Especificación.

La definición del tema de cualquier contrato de software presenta un punto fundamental de negociación.

Acceso al Código Fuente, cláusulas de garantías.

En los contratos relacionados con paquetes de software, como regla, el cliente solo recibe el código objeto. El hecho de que el usuario no pueda obtener el código fuente le ocasiona limitaciones principales: debe depender del proveedor para el mantenimiento del software y en el caso de que el proveedor suspenda sus operaciones, el usuario queda en una situación muy ventajosa. A fin de reducir tal riesgo suelen celebrarse “acuerdos de garantías” por los que una copia del código fuente queda en manos de un tercero preferentemente a costas del proveedor, bajo la obligación de entregársela al cliente en caso de que ciertas circunstancias se produzcan (quiebra, etc.).

Con respecto a los contratos de software a medida, comprenden el desarrollo de un nuevo programa ya existente, la provisión del código fuente puede considerarse como una obligación del proveedor.

Especificaciones.

Las especificaciones son un conjunto de documentos que describen las funciones cubiertas por el software en el contexto de un sistema de procesamiento de datos y proporcionan las reglas básicas para poner a prueba el rendimiento del software, y normalmente deberían incluir:

- Descripción funcional del software
- Descripción del marco del equipo en el que el software debe operar
- Descripción del marco del software dentro del cual el software debe residir
- Rasgos generales de normas de programación y su respectiva documentación

Una alternativa a esta situación es la “estudio de sistema pago” conforme al cual las especificaciones se desarrollan en conjunto con el cliente, y una vez completada, el proveedor fija el precio por el desarrollo del software.

Documentación necesaria.

1. Instrucciones escritas, sobre la manera de cargar datos y la manera de tratar las excepciones.

2. Instrucciones escritas, para manejar los datos de entrada.
3. Diagrama de flujo, mostrando en líneas generales de que manera funciona el sistema.

Titularidad del Software

En los contratos de paquetes de software, a menudo el software es objeto de un derecho de propiedad que le pertenece al proveedor, mientras que en los contratos de software a medida, el usuario financia en su totalidad el diseño de un nuevo software.

Muchos vendedores suponen que el título de propiedad o los derechos ilimitados deberían permanecer en manos del vendedor. En muchas oportunidades se justifica que el usuario pida derecho exclusivo al software.

Garantías de funcionamiento.

Como mínimo los contratos sobre paquetes de software o software a medida deberían establecer una garantía que el software se ajusta a las especificaciones funcionales y de rendimiento, y cumple con los tiempos declarados con el proveedor, además debería garantizar la conformidad con ciertos estándares especificados.

Pruebas de instalación y aceptación

Un aspecto importante en contratos de software es cuándo y cómo es aceptado este.

Cuando sea posible resulta deseable llevar a cabo pruebas antes de la adquisición que permitan al usuario evaluar el software antes de verse obligado a cualquier tipo de pago, conforme a un simple acuerdo que proteja al proveedor contra la divulgación o el uso no autorizado. Luego de la instalación debería comenzar un periodo de pruebas adecuadamente largo. Durante dicho periodo el software se halla bajo mantenimiento gratuito y el usuario deberá avisar con prontitud al proveedor en algún caso de error.

Consideraciones a la fijación del precio

En los contratos para paquetes de software además de los honorarios deben considerarse otros costos de instalación, incluso las obligaciones de mantenimiento y el tratamiento de las actualizaciones.

Capacitación y mantenimiento: La obligación del proveedor

El proveedor debe prestar su asesoramiento para la puesta en práctica de los medios de comunicación, dado que el uso del programa transferido depende de la capacidad y conocimiento que tenga el personal de usuarios.

El mantenimiento es frecuente objeto de un contrato por separado que, generalmente incluye dos operaciones:

- la corrección de los errores o fallas en el momento oportuno.
- el suministro de mejoras o perfeccionamientos.

Restricciones al uso del software

Pueden incluir conforme a las prácticas más corrientes de los proveedores, algunas o todas de las siguientes cláusulas:

- * Uso restringido a un lugar determinado.
- * Uso para apoyar exclusivamente terminales operadas por el usuario en una única sociedad.
- * El problema del uso en más de un CPU del usuario, puede encararse obteniendo una tarifa reducida para cualquier licencia sucesiva del mismo programa.
- * Salvándose así las limitaciones impuestas por algunas de estas restricciones.

3.- Los contratos informáticos y la modalidad de contrato de adhesión

Con frecuencia los contratos informáticos asumen la forma de contrato de adhesión, en los cuales faltaría el principio de igualdad económica: una de las partes fija todas las cláusulas y la otra puede adherirse o no sin tener la posibilidad de formular una contraoferta, y en ocasiones rechazarla. Esto supone una posición económica de monopolio legal.

La situación de desigualdad entre las partes caracteriza a los contratos de adhesión, se agrava en los contratos informáticos, en los cuales el cliente, por ignorar la técnica informática, no puede elaborar juicio sobre los productos o servicios ofrecidos.

Cláusulas abusivas.

La concentración del poder en una de las partes lleva al abuso, de esta manera el empresario aprovecha su dominio negocial para exonerarse de sus responsabilidades o limitar sus consecuencias, o desde la perspectiva del consumidor, para agravar de sobremanera sus cargas. Para el Código Civil Italiano son cláusulas abusivas, entre otras, las que establecen

limitaciones de responsabilidad, de la posibilidad de exponer excepciones y de rescindir el contrato.

Como hemos estudiado previamente, el actual Código Civil regula, a partir de la incorporación de los contratos de consumo, lo referido a prácticas abusivas a fin de prevenir y proteger a la parte contratante más vulnerable.

La buena fe, la moral, las buenas costumbres y el derecho son los elementos que ponen límites a tales cláusulas en el derecho argentino.

En razón de lo expresado, es esencial incorporar en estos contratos cláusulas relativas a la garantía por evicción y por vicios redhibitorios, los riesgos previsibles y los que no lo son, la extensión de las obligaciones, así como también rigen con mayor énfasis los *deberes de información, confidencialidad y seguridad*.

Cláusulas abusivas más frecuentes.

Limitativas de la Responsabilidad. Muchos contratos contienen cláusulas que limitan la responsabilidad para los casos de incumplimiento culposo.

Pactos de garantía. Son aquellas cláusulas mediante las cuales, no obstante la existencia de caso fortuito o fuerza mayor el deudor no se exonera de las consecuencias de su incumplimiento.

Ley Aplicable y Jurisdicción Competente. En cuanto a la ley aplicable y la jurisdicción respecto de la comercialización del software, algunos países en desarrollo requieren o pretenden que la ley aplicable sea la del país del licenciado.

Contratos de Servicios informáticos

Internet es una red abierta, es interactiva, internacional y hay multiplicidad de operadores, características que hacen surgir el debate acerca de su regulación: ¿debe intervenir el Estado mediante regulaciones o bien puede autorregularse? ¿Puede pensarse seriamente que un Estado Nacional puede regular una red que opera globalmente? ¿Qué tipo de regulaciones son admisibles?

Existen opiniones orientadas a mantener una absoluta flexibilidad dejando que la costumbre vaya generando sus propias reglas, sin embargo los problemas se presentan cuando se pretende el dictado de normas que den seguridad, en especial para cuestiones vinculadas con la firma digital, el pago electrónico, la protección de la propiedad intelectual, el acceso al mercado, la tributación.

El funcionamiento de internet no es una cuestión meramente privada; es una forma extrema de globalización, con efectos políticos y sociales, que involucran el orden público y la necesidad de regulaciones.

Si existiera una respuesta afirmativa sobre la necesidad de regular institucionalmente el funcionamiento de la red, deberíamos enfrentar el problema de la autoridad reguladora. Internet crece rápidamente, crece caóticamente y no deja de crecer en una escala global, lo cual la hace resistente a las pretensiones normalizadoras de los sistemas jurídicos nacionales.

Se sostiene entonces la necesidad de sancionar normas de fuente comunitaria o tratados internacionales que fijen criterios mínimos comunes para su adaptabilidad a las naciones, y sean capaces de mantener una adaptabilidad permanente a los nuevos desafíos. Es necesario preservar la fluidez, la creación, la democracia interna en la red, y para ello nada mejor que los acuerdos contractuales con bajos costos en transacción, pero en un marco institucional que preserve los derechos individuales.

En la contratación por medios electrónicos surge un problema: el qué condiciones existe un documento u cuándo es atribuible a su autor. Por lo general, un documento escrito que lleva inserta la firma del autor, permite atribuir la declaración de voluntad, sin embargo los documentos electrónicos cada vez tienen más utilidad; la ley argentina admite la contabilidad electrónica, las declaraciones de impuestos pueden efectuarse por medios informáticos.

En cuanto al valor probatorio no hay obstáculo de que el juez dentro de sus facultades, admita estos documentos, pero subsiste la incertidumbre respecto de la posibilidad de que en el caso, se evalúe que no es un instrumento seguro.

Actualmente se admite la validez de los instrumentos particulares sea firmados o no, salvo los casos en los que determinada forma de instrumento sea exclusivamente impuesta; asimismo se admite que se haga constar en cualquier soporte siempre que su contenido sea claro e inequívoco, aunque para su lectura se requiera la intervención de medios técnicos.

La firma digital

El documento electrónico puede ser firmado o no. Naturalmente, en transacciones importantes se requiere de un sistema fiable de instrumentación para la atribución de autoría, lo cual hace necesario la posibilidad de que sean firmados.

La firma digital no está constituida por trazos que surgen de la mano del autor sino de signos, claves, que le pertenezcan de un modo indubitable, que no puedan ser falseados ni utilizados por terceros.

La firma es la transformación de un mensaje utilizando un sistema de cifrado asimétrico, de manera que la persona que posea el mensaje inicial y la clave pública del firmante pueda determinar de forma fiable si dicha transformación se hizo utilizando la clave privada correspondiente a la clave pública del firmante, y si el mensaje ha sido alterado desde el comienzo en que se hizo la transformación. La critografía asincrónica utiliza una doble clave

pública y privada: el que envía un mensaje lo encripta con la llave pública del receptor, y sólo puede ser decodificada con la clave privada del receptor; la clave pública se da a conocer, la privada se mantiene secreta; también el emisor puede codificar sus datos con su clave privada. La clave pública es respaldada por una autoridad certificante de su autoría; la clave privada es sólo atribuible al poseedor y, por lo tanto, es asimilable a una firma en el sentido de que es un método fiable para atribuir la autoría de un documento.

Siempre se presume la autenticidad de la firma electrónica y que los datos no han sido alterados desde el momento en que la firma electrónica fue añadida a ellos. La prueba pesará sobre quien niegue su intervención en el negocio. Asimismo el destinatario de una firma digital asume el riesgo de que ésta haya sido falsificada, por lo que si decido no confiar en las disposiciones sobre firma digital, deberá hacerlo saber inmediatamente al firmante.

En conclusión, en los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitadamente la autoría e integridad del instrumento.

Declaración de voluntad emitida automáticamente por una computadora

Existe un intercambio de mensajes electrónicos automáticos que pueden considerarse documentos, pero no hay firma digital. En estos casos reviste vital importancia el comportamiento de la parte que monta un sistema informático automatizado para relacionarse con terceros, debiendo responder por “las acciones de la máquina”. Así el sujeto deberá ofrecer prueba de descargo si en el caso concreto no hubo una orden expresa; ello puede ocurrir por ejemplo por una falla de la computadora o por la intervención de un tercero (*hacker*).

Tutela de la propiedad intelectual y propiedad industrial

Un *web site* tiene tres elementos susceptibles de ser protegidos mediante el derecho de autor: la información que contiene, el diseño gráfico y el Código Fuente.

El diseño gráfico es una obra autoral, puesto que presenta rasgos de originalidad y susceptibles de protección. El Código Fuente también puede ser protegido a través del contrato de *scrow* a fin de permitir su utilización por parte de terceros. Es habitual comercializar sólo el código objeto, de manera que el usuario no accede al Código Fuente del programa sino solamente a la versión del programa capaz de funcionar en el ordenador pero inhábil para ser modificado o adaptado a las necesidades del usuario.

A los fines de proteger la propiedad intelectual, se celebra un contrato de licencia que debe precisar el objeto y el uso autorizado. Específicamente debe incluirse:

- Una autorización para la comunicación pública a través de redes de telecomunicaciones (Internet), la transmisión telemática o por cualquier otro medio;

- El almacenamiento de un centro servidor;
- La posibilidad de efectuar un *download* por parte de terceros.

El sitio armado en base a obras de propiedad de terceros tiene un alto costo de regalías, lo que hace que el editor de un sitio se vea incentivado a crear sus propias obras.

Los conflictos más arduos se plantean en la delimitación de las obras preexistentes a la creación del sitio y las obras nuevas, porque muchas veces estas últimas son las anteriores con una pequeña modificación, a fin de presentarlas como novedosas y dejar de pagar regalías.

Otra dificultad reside en que el uso de la red es interactivo y modifica el objeto, incluso pudiendo darle otros usos de los cuales el titular del derecho no tiene noticia alguna. El usuario puede modificar la obra, siempre que lo haga en forma privada y no publique o distribuya las transformaciones realizadas. Por otro lado, si dispone de autorización del titular, el usuario puede llevar a cabo distintos actos y podrá llegar a explotar las transformaciones realizadas.

Los propietarios de los sitios pueden a su vez celebrar contratos de uso con los usuarios de la red, cobrándoles un canon por cada utilización.