

## **CAPITULO V.**

### **CONTRATOS INFORMÁTICOS: EL CONTRATO DE MANTENIMIENTO. LOCACIÓN DE OBRA O LOCACIÓN DE SERVICIO?. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS INFORMÁTICOS Y LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR. PROTECCIÓN DE SUS DERECHOS. CONTRATOS DE COMPUTADORAS Y PROGRAMAS DE COMPUTACIÓN.-**

#### **I. CONTRATOS INFORMÁTICOS. INTRODUCCIÓN.**

Altmark, sostiene: “la explosiva irrupción de la informática al proceso productivo, a la vida del comercio interno e internacional, ha incorporado una nueva problemática al ámbito del derecho comercial, que requiere a no dudarlo, esfuerzos en la profundización del análisis y estudio, y en la elaboración de repuestas jurídicas específicas a la especificidad de la materia en cuestión”<sup>43</sup>

Nosotros, adhiriendo al pensamiento de este jurista, podemos agregar que dentro de las instituciones del derecho relacionadas al “hardware” o al “software”, el Contrato asume una preponderante significación, aunque muchos aspectos de este se rijan por la ley particular entre partes.-

En los Contratos informáticos se agrupan “todas aquellas transacciones que directa o indirectamente tienen por objeto cualquier tipo de bienes y servicios informáticos”<sup>44</sup> En concreto y de acuerdo con nuestra teoría del contrato plasmada en el Código Civil, artículos 1137 y siguientes, son acuerdos contractuales que regulan o

---

<sup>43</sup> ALTMARK, Daniel R. “Contratos Informáticos.” La Ley 1986 – B, 719.-

<sup>44</sup> TORTRAS BOSCH, C. “Los Contratos Informáticos”, Revista de la Facultad de Derecho de ICADE, Universidad Pontificia Comillas de Madrid. 1988, p. 261

establecen relaciones jurídicas que consisten en la transmisión de la propiedad, el uso o goce de bienes, o prestar servicios informáticos.- Para Guastavino “los contratos informáticos tomados en sentido amplio son caracterizados por la doctrina como aquellos que tienen por objeto la prestación de bienes y servicios vinculados con la información automatizada.”<sup>45</sup>

En sentido estricto, diremos que la característica principal en este tipo de contratos es el objeto, sobre el cual se crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas relacionadas con bienes o servicios informáticos. Por su parte se presenta una peculiaridad en el producto cual es su realidad cambiante y en permanente evolución dada por el constante progreso de la tecnología de información y comunicación, en efecto el producto se identifica por su carácter expansivo y evolutivo, lo que hace que los contratos refieran a este en forma referencial y sintética.-

En concreto, dos aspectos resultan esenciales a la hora de establecer las características y particularidades de los contratos informáticos: el objeto y el producto.-

Una primera clasificación de estos contratos podría ser: a) por el objeto; y b) por la finalidad jurídica procurada.-

A su vez, respecto de los primeros cabe diferenciar entre los que se ocupan del “hardware” donde deberá incluirse también a los equipos de comunicaciones u otros elementos auxiliares para el funcionamiento del sistema que se va a implementar.

El otro contrato de “software”, resulta de particular carácter la necesidad, al momento de analizar el contrato, de distinguir y diferenciar, si se trata de un software de base o de sistema, o de un software de utilidad o de aplicación o usuario, que debe responder a necesidades particulares, de servicios auxiliares, se ocupan de regular los institutos de mantenimiento de equipos y programas inclusive, si así se acuerda, la de capacitar personal que se ocupará

---

<sup>45</sup> GUASTAVINO, Elías “Responsabilidad Civil y otros Problemas Jurídicos en computación”. Editorial La Roca 1987. Buenos Aires, página 65.-

del uso y aplicación de los equipos, y, finalmente, en similitud de los contratos de locación de obra, de “llave en mano” donde se incluyen al “hardware”, al “software y los servicios de mantenimiento y de capacitación del usuario.-

Respecto de los contratos que tienen en mira la finalidad jurídica de la transacción, en esta tipología se distinguen los contratos de venta, arrendamiento financiero, alquiler, de opción de compra, mantenimiento, prestación de servicios informáticos, arrendamiento de obra, préstamo y depósito, veamos brevemente las particularidades de cada uno de ellos.-

**Venta.** Cuando sea un contrato en el que el suministrador, o vendedor en este caso, se obliga a entregar una cosa determinada, un bien informático, y la otra parte, comprador, a pagar por el a un precio cierto (Art. 1445 CC). La venta también puede ser de servicios.

**Arrendamiento Financiero.** Mediante el que se requiera que participen tres partes, el suministrador, vendedor, del equipo informático, una entidad o intermediario financiero que compra el bien, para un tercero que es el usuario, y el usuario del bien que lo poseerá, pero lo tendrá en régimen de arrendamiento financiero hasta que haya cumplido con unas determinadas características o requisitos.

**Alquiler.** El arrendamiento sobre bienes informáticos es un arrendamiento tipo de los regulados en el Código Civil, artículo 1543 y ss., caracterizado porque el suministrador se obliga a dar al usuario el goce o uso de un bien informático durante un tiempo determinado y por un precio cierto.

**Opción de compra.** Aunque la opción de compra no está definida en nuestro ordenamiento y solamente se recoge para bienes inmuebles en la legislación hipotecaria (artículo 14), nuestra doctrina y jurisprudencia la tienen bien delimitada exigiendo que para que exista este tipo de contrato, tienen que darse tres requisitos principales:

En conexión con el optante, que le debe conceder la decisión unilateral de la realización de la opción de compra: el precio

de compraventa debe quedar determinado para el supuesto de acceder a la compraventa, al igual que el plazo para ejercer el derecho de opción a compra.-

**Mantenimiento.** Puede ser tanto de equipos como de programas, o incluso, mantenimiento integral en el que se puede incluir un servicio de formación, asesoramiento y consulta. En el próximo apartado abordaremos en particular esta modalidad de contratación por ser, en nuestro criterio, el que se destaca del resto en primer lugar porque aquellos se ajustan a lo que legislativamente se conoce en materia de contratos regulados por el derecho privado, artículo 1137 Código Civil, sgtes y concordantes, y comercial, y segundo porque la importancia de su análisis radica en el hecho de que la alta tecnología que tipifica a los productos informáticos que constituyen el objeto del contrato señala que a posteriori de su adquisición requieren de un servicio de mantenimiento complejo y especializado que asegure el buen financiamiento del equipo y del programa.-

**Prestación de servicios.** En los que incluiríamos análisis, especificaciones, horas maquina, tiempo compartido, programas, etc., que los podíamos clasificar como contratos de arrendamientos de servicios. El arrendamiento de servicios se da cuando una parte se obliga con la otra a prestarle unos determinados servicios, con independencia del resultado que se obtenga mediante la prestación.

**Ejecución de obra,** consistente en el compromiso de una de las partes, en nuestro caso el suministrador del bien o servicio informático, a ejecutar una obra, y de la otra parte realizar una contraprestación en pago por la obra llevada a cabo.

**Préstamo,** caracterizado porque una parte entrega a otra el bien informático para que use de el durante un tiempo determinado y le devuelva una vez cumplido ese tiempo y de **Comodato**, consistente en un tipo de contrato de préstamo en el que el suministrador transfiere el uso del bien informático prestado. El Código Civil (artículo 1740), se refiere al comodato como un contrato de préstamo, en el que una de las partes entrega a la otra alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, indicando que es esencialmente gratuito. En el caso de que se acuerde entre las

partes una retribución, deja de ser comodato para pasar a ser un arrendamiento de cosas.

**Deposito**, que se constituye, de acuerdo con lo establecido en el Código Civil (artículo 1758), desde que una persona recibe una cosa ajena con la obligación de guardarla y restituirla, siendo un contrato gratuito, salvo pacto contrario (artículo 1760), pero que en el caso de cumplirse los requisitos establecidos en el Código de Comercio (artículo 303), se trata de un deposito mercantil, en el que el depositario tendrá derecho a exigir retribución por el deposito, salvo pacto contrario (artículo 304), con las obligaciones para el depositario de conservación de la cosa, en este caso, del bien informático, de acuerdo con lo establecido en los artículo 306 y concordantes del mismo cuerpo legal.-

## **II. PRECONTRACTUALIDAD EN EL DERECHO INFORMÁTICO.-**


Previo adentrarnos en el análisis del contrato informático, debemos referirnos, aunque brevemente, a las gestiones previas, que toda negociación precedente a la manifestación efectiva de la voluntad se realiza. Procuraremos en esta instancia valorar los efectos jurídico – legales que tiene esta fase que precede la conclusión del contrato, se procura en esencia discernir aquello que las partes verosíblemente entendieron o pudieron entender al tiempo de comprometerse.-

Hemos venido sosteniendo a lo largo de nuestra exposición respecto de la especial naturaleza de la materia informática, ello, como dijéramos, en merito a sus particulares y complejas características, recordemos una de ellas, la constatación de una posición dominante de los proveedores de productos informáticos, lo cual nos exige, desde el derecho, una consideración de principios normativos importantes.-

En este marco técnico – legal diremos, en concordancia con la doctrina mayoritaria que el período precontractual, aún mínimo, es imprescindible ya que esta fase, si bien preliminar, de ser transitada con seriedad y rigurosidad técnica permitirá definir el contenido de las futuras obligaciones que asumirán las partes, despejando las dudas

que posteriormente pudieran surgir con motivo de la utilización del producto informático, y con ello estableciendo un límite mas preciso a la responsabilidad que se asumirá.-

La piedra angular de la contratación informática se encuentra en la determinación precisa de la prestación y del contenido de las obligaciones objeto del acuerdo que se procura, ello siempre en el marco de saber que esta modalidad de contrato se desarrolla teniendo en miras:

- 
1. existencia de una situación de desigualdad de partes derivadas de la especificidad de la materia y de la existencia de una situación dominante de una de las partes.-
  2. reconocimiento del riesgo informático, derivado del factor tecnológico.-

Todo esto que expresamos se manifestará plenamente durante el período de vigencia del contrato informático por lo que de aquí se extrae su importancia ya que ello, sin dudas, jugará un rol fundamental al momento de a interpretación de la voluntad expresada por las partes al suscribir el convenio, mas aún, su relevancia adquirirá magnitud plena en el caso de conflictos y la necesidad de resolverlos, dentro del marco jurídico y de los efectos que la manifestación de la voluntad produce.-

Es que durante el período precontractual las partes irán perfilando primero y definiendo después el contenido de las obligaciones objeto del contrato, irán expresando la verdadera intención negocial que cada una de las partes persigue, una, usuario, buscando el producto que se ajuste en un todo a sus necesidades técnico – laborales, otro, el suministrador, a la rentabilidad que podrá obtener de la venta de este producto.-

Siguiendo a Martínez Ledesma<sup>46</sup> podemos definir las fases del período precontractual:

- a) estudio previo por parte del proveedor de las necesidades del Usuario;
- b) redacción del documento operativo precontractual (D.O.P.).
- c) el D.O.P. será consecuencia del conocimiento durante este período del deber de cooperación mutua, y de la obligación de informar plenamente todos los requerimientos del potencias usuario adquirente del producto informático.-

En esta etapa, especialmente al momento de desarrollar el apartado c), las partes procuran precisar dos aspectos “como y con que” satisfacer las necesidades del interesado en la compra del producto informático, explicitación, clara y transparente de la voluntad que alumbró el negocio jurídico.

Se trata del deber de información que se merecen recíprocamente las partes con el objeto de integrar más adelante, cuando la materialización del contrato, el contenido del deber de diligencia exigible al usuario.-

Este deber de información se integra por dos aspectos, uno, el deber de informarse, que es aquel destinado a cumplir o hacer cumplir tareas de análisis tendientes a definir objetivos procurados para satisfacer sus necesidades. Se trata de tareas de consultas o requerir la opinión de un tercero experto informático.

El segundo aspecto es el deber de previsión, tener en cuenta razonablemente las consecuencias y riesgos que tiene la materia informática, esta condición tiene un deber correlativo, el del consejo, necesario, que debe expresar el suministrador del producto

---

<sup>46</sup> MARTINEZ LEDESMA, Horacio A.: “Precontractualidad en El Derecho de La Informática. LL 1988-A, 887.-

informático. Es el aporte al deber común de colaboración en la etapa de génesis del contrato informático.-

En este estadio del análisis debemos introducir el concepto de que el derecho requiere en relación al usuario de una “conducta de buen utilizador”, vale decir no es cualquier utilizador sino, sobre la base del derecho romano, debe ser un “buen utilizador”, es decir que al igual que aquel precepto romano “buen padre de familia” aquí el “buen utilizador” requiere expresarse mediante una conducta que podamos valorar de “utilizador medio”, ya que debemos entender al utilizador como un no profesional, alguien que necesita del producto pero que no conoce nada de él.

Es que “quien todo espera de la informática, sin cumplir con un correlativo deber de prudencia, de diligencia, comete una falta grave, que será evaluada en caso de conflicto de intereses, ya que razonablemente la misma aparece como exigible.”<sup>47</sup>

### **III.CONTRATO INFORMÁTICO PROVISORIO.-**

Esta modalidad resulta natural en la materia informática, ello en razón, como ya dijéramos, que la búsqueda de un cauce jurídico a la intención de las partes, lleva primeramente a la contestación de esa relación desigual que se manifiesta crudamente cuando el futuro usuario es un no profesional. Resulta natural recurrir a este “contrato provisorio” donde frente a la duda previa a la materialización o no del contrato definitivo, el futuro usuario teme que la prestación del equipo informático no le preste la satisfacción esperada.-

En fin, diremos con Spota<sup>48</sup> que “es toda convención por la cual las partes se obligan a celebrar un contrato ulterior, una vez que venza un término o se cumpla una condición o que se pueda satisfacer el requisito de forma probatoria impuesta por la ley o pactada por las

---

<sup>47</sup> <sup>47</sup> MARTINEZ LEDESMA, Horacio A. artículo citado.-

<sup>48</sup> SPOTA, Alberto, “Contratos”, Tomo II, Capítulo V. Editorial Depalma Bs. As.-



partes. Y teniendo por objeto este ulterior contrato el cumplimiento de las obligaciones asumidas”.

Conclusión: este “precontrato” o contrato provisorio obliga después de cierto tiempo y verificadas ciertas condiciones, a la firma del contrato definitivo, es decir genera una obligación de hacer porque este contrato preliminar integra todo el proceso de formación del contrato informático final y conducirá a su firma.-

#### **IV. CONTRATO INFORMÁTICO. CONCEPTO.**

Se denominan contratos informáticos aquellos que tienen por objeto la prestación de bienes y servicios vinculados a la información automatizada.<sup>49</sup> Esta modalidad de contratación tiene la peculiaridad que el usuario, por una parte, y quien suministra el producto informático por la otra, persiguen objetivos diferentes, así, mientras el primero espera del acuerdo un resultado, de naturaleza funcional, una solución efectiva y eficaz a sus problemas el segundo generalmente, se obliga a proveer un producto cuyo sistema informático obedezca a determinadas características y especificaciones técnicas.

Del criterio vertido surge indubitable la existencia de una dicotomía entre un suministro informático con especificaciones técnicas precisas y la pretensión del usuario que procura de aquel un verdadero resultado, entendiéndose este que su obligación es de medios. Es decir, el usuario del objeto informático pretende del suministrador del producto informático una obligación de resultado y este, el proveedor, en cambio cree que su obligación es de medios.-

Sin dudas que la diferencia interpretativa obedece a que uno, el usuario es un “no profesional”, mientras el otro, el suministrador del producto informático si que lo es. Efectivamente “la situación de desigualdad entre las partes, característica de los contratos de adhesión, se agrava en los contratos informáticos, en los cuales, el

---

<sup>49</sup> “Sistex S.A. c. OLIVA S.A., Valério. Notas de Jorge Mosset Iturraspe

cliente, por ignorancia técnica no puede establecer juicio sobre el producto o servicio que se le propone”<sup>50</sup>

Sostiene la Suprema Corte de Justicia de Mendoza en el fallo señalado que, “...los contratos informáticos, en caso de duda, deben interpretarse en contra del proveedor del servicio, quien debe utilizar terminología clara, para no confundir al adquirente, recae sobre el una obligación de información y consejo”<sup>51</sup>.-

En sentido amplio, la Doctora Kemelmajer de Carlucci en la sentencia comentada sostuvo, citando a Guastavino que la doctrina denomina contratos informáticos aquellos acuerdos que tienen por objeto la prestación de bienes y servicios vinculados a la información automatizada<sup>52</sup> y completa el concepto con la cita a Dall’Aglio diciendo que el contrato informático es todo acuerdo en virtud del cual se crean, conservan o extinguen obligaciones relativas al tratamiento automatizado de información.<sup>53</sup>

## **V.EL CONTRATO DE MANTENIMIENTO. NATURALEZA JURÍDICA. CARACTERES.**

Conforme lo adelantáramos, en merito a la importancia de esta modalidad contractual, el acuerdo de mantenimiento, tenido en mira el usuario y el resultado comprometido por el proveedor, determina por su naturaleza una dependencia de aquel, usuario, respecto de este, proveedor, cuyo resultado “se traduce en la excesiva onerosidad del contrato, su acentuada inseguridad para el usuario, con fundamento en cláusulas poco clara, ilimitadas causales de eximición

---

<sup>50</sup> CORREA, Carlos y otros. “Derechos Informáticos, Bs. As. Editorial Depalma, 1987, página 152.-

<sup>51</sup> “Sistex S.A. c. OLIVA S.A., Valerio. Notas de Jorge Mosset Iturraspe

<sup>52</sup> Sistex sentencia citada. Guastavino Elías “Responsabilidad Civil y otros problemas en computación.” Ed. La Roca, Bs. As. 1987, página 65.-

<sup>53</sup> Dall’Aglio, Edgardo J. “La protección de los Derechos Del Consumidor Informático”. Contratos por adhesión en el campo de la Informática. JA 18ç986 –I, página 741.-

de responsabilidad”<sup>54</sup>, aspecto este último que abordaremos oportunamente.-

Previo a conceptualizar esta singularidad contractual en el campo del derecho informático, resulta de importancia esencial distinguir con claridad que entendemos por “equipo físico” el ordenador o computador y que el soporte lógico o software” es el programa.-

Con estas justificaciones adoptando el criterio de Vernengo Prack<sup>55</sup> diremos que: “El contrato de mantenimiento es un acuerdo bilateral por el cual una parte, el proveedor, se obliga en forma independiente, a mantener en buenas condiciones de funcionamiento el equipo físico o el soporte lógico, indicado por la otra parte, el usuario, que a su vez se obliga a pagar un precio.-“

En relación con su naturaleza jurídica debemos adelantar que este contrato, responde en general a los principios que rigen: la compra – venta; locación de bienes; locación de servicios, licencias de uso, locación de obra etc. y que no constituyen una tipología desconocida para el derecho.-

En particular, tal como lo dijéramos, su esencia se encuentra en la complejidad y alta tecnología que tipifican a estos productos que requieren del mantenimiento un servicio complejo y especializado.-

Dicho esto los caracteres fundamentales del contrato de mantenimiento informático son: a) bilateral; b) sinalagmático; c) a titulo oneroso; d) no formal; e) de tracto sucesivo o ejecución continuada; f) aleatorios, no se conoce al momento del acuerdo la medida en que se producirán los riesgos previstos; h) tiene en mira el resultado, es decir el buen y óptimo funcionamiento del “hardware” y del “software”, el prestador asume el riesgo técnico.-

Por otra parte, una distinción en esta tipología de contratación informática es la de que está orientada a garantizar al usuario por los

---

<sup>54</sup> ALTMARK, Daniel R. ob citada.

<sup>55</sup> Juez de Cámara de la Cámara Nacional Civil y Comercial, Sala “B” define el concepto en el fallo del 5 de marzo de 1981. Ver, La Ley 1981 –D,76.-

defectos existentes en el equipo ("hardware") o el programa ("software") al momento de su adquisición, que de haberse conocidos, por el adquirente, hubieran impedido su contratación, o el precio que hubiere abonado habría podido ser menor al realmente abonado.-

## **VI.CLASIFICACIÓN. OBLIGACIONES DE LAS PARTES. RESCISIÓN Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO INFORMÁTICO DE MANTENIMIENTO**<sup>56</sup>

### VI.1.- Clasificación:

- a) por el objeto:
  - a.1) equipo físico ("hardware")
  - a.2) Soporte Lógico ("software")
- b) por su instrumentación:
  - b.1) Independencia Real: el prestador del servicio no es el proveedor.
  - b.2) Independencia Formal: el contrato es un instrumento independiente y el proveedor del producto es el mismo que el del servicio.
- c) Otros
  - c.1) Por tiempo:
    - c.1.a) Mantenimiento Preventivo.-
    - c.1.b) Mantenimiento de Emergencia.-
  - c.2) Por lugar: la prestación se verifica en el lugar físico donde se encuentra el equipo.-
  - c.3) Por llamada: el servicio se presta por requerimiento expreso. Este mecanismo es el mas frecuente y difundido.-

---

<sup>56</sup> En esta clasificación seguimos al ilustro jurista ALTMART, Daniel R. LL 1968-B,719

## VI.2. Obligaciones:

Es obligación esencial del proveedor asistir al comprador, en todo aquello para lo cual fue contratado, y fundamentalmente mantener el equipo en buenas condiciones de funcionamiento. Entonces, dentro de la clasificación que hace el Código Civil respecto de obligaciones<sup>57</sup> nos encontramos en la que se tipifican como obligaciones de hacer: mantener, equipo y programa ("hardware y software"), en las condiciones determinadas en el contrato informático de mantenimiento.

Dentro de las obligaciones de hacer, nos encontramos frente a una de Resultado, vale decir se encuentra a cargo del proveedor del mantenimiento. Vale la pena recordar que el Código distingue dentro de las obligaciones de hacer dos modalidades, una de medios y otra de resultado.-

Respecto de la primera, medios, es al acreedor sobre quien recae la carga de la prueba, en efectos este es quien debe probar, en caso de incumplimiento, el dolo o culpa del deudor, en cambio en las obligaciones de resultado, la carga de la prueba se invierte, pasa a ser del deudor, quien al no alcanzar el resultado prometido la ley lo presume responsable.-

En cuanto a las obligaciones del adquirente de equipo y programa, del usuario, obedecen en general a las que se corresponden para todo tipo de contrato, nominado e innominado, pagar el precio, determinado o determinable, en tiempo oportuno y el deber de colaboración con quien se ha comprometido en el mantenimiento informático, ello en razón de que debe cumplir con un conjunto de obligaciones de hacer y no hacer de modo de mantener las buenas condiciones del equipo y del programa.-

Pueden ser por ejemplo proporcionarle al proveedor, sin cargo, el espacio necesario, acorde con el producto, para el almacenaje de los repuestos que deben estar en condiciones de ser utilizados en el

---

<sup>57</sup> CODIGO CIVIL, Artículo 495.- "Las Obligaciones son: de dar, Hacer y no hacer.-

momento que sean requeridos, las condiciones de almacenaje estarán en consonancia con los requerimientos del técnico del producto, otra responsabilidad del usuario es la de permitirle al prestador el acceso libre cuando sean requeridos sus servicios, además de las reglas de seguridad requeridas por el protocolo del producto informático.-

Al igual que en la locación de obra, el precio del contrato, tal como lo sostuviéramos<sup>58</sup>, puede ser convenido por “ajuste alzado” por precio fijo único y total (ajuste alzado absoluto), o con reconocimiento de variaciones en mérito a las particularidades del comportamiento de la provisión (equipo y programa), (ajuste alzado relativo), de manera que remitimos a todo lo que allí expusiéramos.

También puede ser por unidad de medida, se paga un precio, convenido de antemano, en la medida de la utilización de las prestaciones de quien resultó encargado del mantenimiento informático.-

### VI. 3. Reglas Interpretativas.

En este acápite nos referimos a las reglas que deben alumbrar la interpretación de los contratos Informáticos, y en este camino adoptamos los criterios de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, en el fallo que hemos comentado, quien en su voto conceptualiza sintética pero precisamente los aspectos que nos interesan comentar. Así podemos decir que:

---

<sup>58</sup> FELIPE RODRÍGUEZ, “Lecciones de Derecho y Ética..... Tomo II.-

Reglas Interpretativas	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. “Brecha Tecnológica”: el Usuario generalmente carece de Conocimientos y experiencia, no conoce el vocabulario informático ni las características de la computadora, tampoco los mecanismos. El usuario no compra lo que necesita sino lo que le venden porque el asesoramiento precisamente emana del mismo vendedor del producto.-</li> <li>2. El Usuario y el suministrador se acercan uno al otro con objetivos diferentes, el usuario espera un cierto resultado funcional, una solución práctica adecuada a su problema. El suministrador tiende a prometer una simple correspondencia con del sistema a determinadas características y especificaciones técnicas.-</li> <li>3. El principio de buena fe es el paraguas que protege la formación, celebración y ejecución del contrato informático.-</li> <li>4. El contrato debe interpretarse en contra del proveedor del Servicio. En la duda a favor del usuario.-</li> </ol>
------------------------	--

#### VI.4. La Exégesis de los Contratos Informáticos y la Defensa Jurídica del Usuario.-

Brevemente referiremos respecto de la defensa jurídica del usuario del producto informático, a estos fines debemos partir del criterio que este es la “parte débil” del contrato informático, ello se refleja en el desconocimiento de esta disciplina, la informática, y al decir del jurista<sup>59</sup> la interpretación del contrato (refiere en general, pero el principio es aplicable a la modalidad de contrato que estamos exponiendo) “toma en cuenta específicamente la situación de debilidad estructural en el mercado; debilidad estructural esta que precisamente da lugar al derecho protectorio de los consumidores, que es en realidad un aspecto más de la protección del individuo”.-

La lectura del párrafo señalado permite aseverar que el análisis parte de que el derecho ha advertido la situación de desequilibrio que se manifiesta en la relación usuario – suministrador que coloca al primero en una situación inferior en el choque de fuerzas negociales que anteceden a la firma del contrato, lo cual materializa el aprovechamiento, efectivo, del suministrador de esta situación

<sup>59</sup> LORENZETI, Ricardo Luis, “Las normas fundamentales del derecho privado” Ed. Rubinzal – Culzoni, Santa Fe 1995.-

desventajosa del usuario, y eso que estos son mayoritariamente superiores en numero que los suministradores.-

Sin embargo debemos expresarnos, dentro de la teoría general del contrato, por afirmar que la inteligencia primordial de la Ley de Defensa del Consumidor, establece el derecho que tiene el usuario – consumidor de bienes, de contratar en condiciones equitativas. Es que estos, deben estar protegidos ya en la fase de promoción del producto o servicio para evitar ser engañado, por lo que debe estar protegido al momento de contratar (o no contratar) y hacerlo en condiciones que eviten abusos en su contra.<sup>60</sup>

Podemos rematar el concepto en concordancia con Stiglitz, “también constituyen lesión de los intereses económicos del consumidor la frustración de las legítimas expectativas creadas, que acontece en el caso de resolución del contrato por vicios de la cosa, o bien por la falta de perfeccionamiento o anulación de él, en virtud de error inducido en el destinatario...La finalidad de las legislaciones uniformes consiste en eliminar la desigualdad contractual resultante de la absoluta admisión del principio de autonomía de la voluntad, porque ello conduce a la abusiva imposición del querer de la parte mas poderosa sujetando a los sectores más vastos al público a tolerar tal situación en virtud de un estado de necesidad en la demanda de bienes y servicios imprescindibles en la vida cotidiana.”<sup>61</sup>

#### VI.5. Rescisión y extinción del Contrato Informático de Mantenimiento.

Reiteramos la advertencia que hiciéramos al caracterizar esta tipología de contrato informático, o sea vale aquí lo expresado en general, por lo que las causas genéricas de extinción de los contratos en general resultan de aplicación en lo que al contrato de mantenimiento se refiere.-

En coincidencia con el autor que hemos adoptado como guía expositiva diremos que “en principio, tratándose el contrato de

---

<sup>60</sup> FARINA, Juan Manuel, “Contratos Comerciales Modernos”, Bs. As. 1993.

<sup>61</sup> STIGLITZ, Gabriel A. “Protección Jurídica del Consumidor”. Editorial Depalma. Bs.As. 1990, página 24.-



mantenimiento de un contrato de ejecución diferida, continuada o periódica, es comprensible la facultad generalmente otorgada al usuario de rescindirlo, fijándolo tan solo la obligación de hacerlo previa notificación fehaciente al proveedor, con un cierto término de anticipación, previamente convenido.”<sup>62</sup>

En este caso, rescisión por voluntad del usuario, no resulta, como ocurre en la locación de obra, de aplicación el instituto indemnizatorio, ello en merito a que el contrato se ejecuta por períodos, sin plazo final, y que las obligaciones resultan divisibles, de aquí que la notificación en un plazo preconvenido resulta suficiente para que el usuario rescinda el contrato informático de mantenimiento.-

Respecto del proveedor, si bien le caben iguales derechos, existe una restricción a su ejercicio y es la que se relaciona con aquellos supuestos donde este ejerce en el mercado una posición dominante o monopólica, por lo cual si estándole restringida la facultad rescisoria el proveedor igual resuelve aplicarle, siendo que ejerce una posición dominante o monopólica, deberá las indemnizaciones resarcitoria que resulten pertinentes.-

## **VII. OTROS TIPOS DE CONTRATOS INFORMÁTICOS.-**

### **VII.1. CONTRATO DE SUMINISTRO DE COMPUTADORA Y SU PROGRAMA.-**

Una de las dificultades que esta modalidad de contratación presenta esta referida a la informalidad de su materialización, implementación, es que se trata de un contrato, que siguiendo la teoría general de contratos, resulta no formal, es decir no existe una pieza contractual unitaria, mucho menos completa, se reduce la mayoría de los casos a una Nota de Pedido, a Una Factura, a una comunicación informal, documentos estos que vinculan y definen las relaciones entre las partes.-

A estas particularidades contractuales debemos agregar que muchas veces el producto informático adquirido resulta en algunas

---

<sup>62</sup> ALTMARK, Daniel R. documento citado.-

oportunidades determinadas, referimos a sus características tecnológicas, otras determinables, esto introduce la discusión sobre si lo prometido, el Hardware y el Software constituyen requerimientos estándares o especiales. En este sentido la jurisprudencia tiene establecido que en estos casos hay contrato de compraventa con la particularidad que este puede o no incluir un software especial, ello a tenor de lo que prevé el artículo 1333 del Código Civil.<sup>63</sup>

Ocurre que al no estar prefinido el software (programa) no significa que el objeto no lo estuviera, ya que este puede ser susceptible de ser determinado y con ello definido mediante una ulterior exigible consistente en la colaboración de las partes, las que se deben en merito al principio de buena fe y transparencia que todo negocio jurídico requiere de estas, ello obliga a una de ella a proporcionar los datos e indicar sus características y la otra a procesarlos para satisfacer técnicamente a estas (artículo 1632 Código Civil<sup>64</sup>).

Un inconveniente que no podemos dejar de advertir es que en este tipo de contrato, se requiere de un esfuerzo interpretativo importante no solo por la ausencia de convención expresa y completa, sino también por la ausencia de una temática no específicamente legislada, y la carencia de una elaboración jurisprudencial y doctrinaria suficiente.<sup>65</sup>

Cabanellas señala: “la legislación expresamente aplicable al tema es escasísima y el número de precedentes judiciales elaborados respecto de la problemática jurídica de los conocimientos técnicos es igualmente insignificante, tanto en la Argentina como el los restantes

---

<sup>63</sup> Artículo 1333: “No habrá cosa vendida cuando las partes no la determinasen, o no estableciesen datos para determinarla. La cosa es determinada cuando es cosa cierta, y cuando fuese cosa incierta, si su especie y cantidad hubiesen sido determinadas.”

<sup>64</sup> Artículo 1632: “a falta de ajuste sobre el modo de hacer la obra, y no habiendo medida, plano, instrucciones, el empresario debe hacer la obra según la costumbre del lugar, o ser decidida entre el locador y el locatario, en consideración al precio estipulado.”

<sup>65</sup> HIGHTON, Federico, “Contratos sobre Computadoras y sus Programas”, LL1987-A, 357.-

países latinoamericanos... El resultado de este vacío y de la consecuente incertidumbre jurídica, en que se dificulta el curso de las operaciones relativas a conocimientos técnicos, haciendo en muchos casos necesaria la introducción, en los contratos correspondientes, de todo tipo de cláusulas, a veces marcadamente detalladas, complejas, destinadas a librar a las partes de la incertidumbre en las que dejan la legislación y la jurisprudencia”.<sup>66</sup>

La lectura del texto transcrito llevan a recomendar que los excesos y defectos resultan perjudiciales en derecho, unos, los defectos, porque la escasez de datos y definición precisa del objeto, lleva a interpretaciones, muchas veces, erróneas respecto del fin perseguido por una de las partes, y en el otro caso, los excesos, complejiza las relaciones interpartes, tanto que en vez de solucionar conflictúan las relaciones.-

En cuanto a las posibilidades contractuales de suministro de computadora o de programa de computación conteste con la doctrina diremos que esta pueden manifestarse, sin ser exhaustiva, a través de: 1. compraventa; 2. alquiler, o 3. leasing con opción de compra. Así si el suministro se refiere a un software estándar se realizará mediante el contrato de compraventa, en cambio de tratarse de un software especial, podría adoptarse la segunda modalidad, el alquiler o la tercera, leasing, también podría definirse por una mixtura de estas modalidades.-

De todos modos no debemos olvidar la esencialidad de este tipo de productos de alta tecnología y recordemos lo que expresáramos en capítulos anteriores, que para el caso del software, el producto goza del derecho de propiedad intelectual, es decir no le son ajenas las normas sobre propiedad intelectual del autor, ley 11723, tema al que remitimos con una advertencia final, la de que según su finalidad ciertos programas de computación pueden ser objeto de patentamiento en los términos del artículo 3º de la ley 111, siempre que estos sean originales y sirvan como medio apto para obtener un resultado o producto industrial, aunque es oportuno decir que los

---


<sup>66</sup> CABANELLAS DE LA CUEVAS, Guillermo, “Régimen Jurídico de los conocimientos técnicos”, p.11 y 12, Buenos aires 1985.-

medios informáticos llegan con sus propios problemas, especificidades y características. –


## VII.2. UN CASO PRÁCTICO DE LA JURISPRUDENCIA.-

Los Hechos<sup>67</sup>:

1).Una Empresa (A) contrata con otra Empresa (B), proveedora de Servicios Informáticos una serie de prestaciones:

- 
1. adquisición de una licencia de uso;
  2. compra de un servidor;
  3. instalar la red informática;
  4. mantenimiento de la red desde su implementación.-

Estas prestaciones se formalizaron en distintos contratos:

- 
- a. Contrato de Venta: en este se acordó la provisión e instalación de módulos y sub-módulos de un programa de computación denominado “sistema de Gestión Calipso”, que tenía por objetivo cumplir diferentes funciones relacionadas con la administración de (A), incluyendo la instalación física y lógica de la red de datos y el servidor correspondiente (contrato de instalación);
  - b. Contrato adicional de “Prestación de Servicios de Soporte” por el cual (A) recibiría servicios de soporte y mantenimiento del software licenciado.-


II.).A poco de instalada la red el software evidenció serias deficiencias, (A) intimó a (B) que solucionara tales problemas, los que nunca fueron atendidos por (B). Frente a esta situación (A) demandó a (B) por la rescisión del contrato y por el resarcimiento de los daños

---

<sup>67</sup> VIVES, Federico P. “Contratos Informáticos: estándares aplicables”. LL 15/07/2008, D 367. Extracto del brillante comentario a fallo realizado por el autor que sin duda sirve de explicación suficiente a los alumnos y profesionales especialistas en la materia informática, por lo que hemos adoptado, con alguna variante sus argumentaciones, lo cual agradecemos a su autor por la contribución a los estudiantes de ingeniería y profesionales ingenieros.-

y perjuicios, a su vez (B) planteo una reconvencción persiguiendo el cobro de ciertas facturas impagas al momento de la litis.-

La Sala “D” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Ciudad autónoma de Buenos Aires determinó:

- 
- a) que el software adquirido por (A) era “estándar”.-
  - b) los perjuicios invocado carecían de claridad para resolver su reparación, de aquí que reconoció a (A) la indemnización del “Contrato de Venta”, o sea el reconocimiento de daños eventuales derivados del software adquirido en licencia de uso.
  - c) Rechazó las pretensiones de (B).-

Lo más importante es que la Sala reconoce el incumplimiento de (B) porque se trata de una “obligación de resultado”, que el software y la red informática funcionen de manera adecuada al objeto de la contratación.-

Lo más importante: determina cuatro aspectos que hacen a la prestación informática profesional esto es: a) clasificación y elementos característicos de los contratos informáticos; b) estándares exigibles al proveedor de servicios informáticos; c) rol del juez en la evaluación de la prueba; d) cargas probatorias y e) interpretación de los contratos.

De los puntos expuestos solo nos ocuparemos de a); b); y e), por ser estos de interés al estudio de los contratos informáticos para los cursantes de la carrera Ingeniería en computación y tal vez también para los profesionales ingenieros y afines a la temática de la informática.-

- a) clasificación y elementos característicos de los contratos informáticos: la particularidad de la contratación entre (A) y (B) radica en que en la misma pueden distinguirse cuatro contratos diferentes:
  1. de Licencia de Uso (que la Sala denomina de compra – venta), se trata de licencia porque estamos frente a un programa de computación y este, según la

doctrina mayoritaria es un bien intangible protegido por la Ley 11.723, conforme lo vimos en otro capítulo del análisis, recordar que esta ley adecua la legislación Argentina al “Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio” (ADPIC), donde se establece que “los programas de ordenador sean programas fuente o programas objeto, serán protegidos como obras literarias...” otro aspecto de esta distinción que merece destacarse es la distinción que debe hacerse, desde lo jurídico entre una “licencia de un programa de computación estándar (software estándar), y una licencia de uso de un programa hecho a medida (software a medida)”

2. la compra de un servidor y materiales para la red de datos, este es el verdadero “contrato de compra – venta”, no el anterior donde existe, en palabras del autor del trabajo que comentamos y que coincidimos, quien sostiene, “sin alterar el análisis jurídico de la Sala, se trata solo de una cuestión terminológica, pero que técnicamente corresponde calificar como licencia y no compra – venta”. La particularidad de este contrato de compra – venta radica en que (B), el proveedor, “no solo se limita a entregar la cosa (el equipamiento), sino que además tiene implícito el “deber de asesoramiento”, atento la brecha tecnológica que puede existir entre comprador (A) y Vendedor (B)”<sup>68</sup>
3. la prestación de servicios de instalación de la red de datos. Se trata de otra modalidad de contratos informáticos, donde se encuentran comprendidas tareas tales como adecuación del servidor y la implementación del software dentro de la red.
4. prestación de servicios de mantenimiento o soporte (contrato de Prestación de Servicios de Soporte). Por este contrato (B), proveedor, se obliga a asistir a (A)

---

<sup>68</sup> VIVES, Federico P. “Contratos Informáticos: estándares aplicables”. LL 15/07/2008, D 367, citado.-

en lo referido al mantenimiento tanto del software cuanto del hardware, es decir con cierta periodicidad está obligado a verificar el buen funcionamiento de todo el equipo derivado del uso del sistema informático provisto.-

- b) estándares exigibles al proveedor de servicios informáticos. La cuestión aquí esta centrada en la determinación de la naturaleza jurídica de la obligación de hacer de (B), es decir: ¿estamos frente a una obligación de medios? O por el contrario ¿se trata de una obligación de resultado?, en esta disyuntiva jurídica la Sala define adhiriendo a la postura que dice que "...aún tratándose de un programa estándar o de un programa adaptado a un cliente determinado, él debe cumplir en forma satisfactoria la función para la cual se lo adaptó..."<sup>69</sup>, en consecuencia en todos los casos, programa a medida o estándar la obligación que asume el proveedor será siempre una de hacer y de resultado, es que ello se encuentra en la misma esencia del negocio jurídico que se establece, en nuestro caso, entre (A) y (B), toda vez que (A) espera un "resultado funcional" mientras (B) promete una correspondencia del sistema a determinadas características y especificaciones técnicas requeridas por (A), quien además tiene entre otras obligaciones la de informar e informarse y ser preciso en su requerimiento técnico, en contrapartida (B) tiene la obligación de "diligencia debida". Además, el deber de resultado debe extenderse.-

- c) Interpretación de los Contratos. Deja sentado el principio que "la cláusula de limitación de responsabilidad es válida" respecto del contrato de compra – venta (se trata del contrato de licencia) del software (reintegro del canon abonado por la licencia de uso y de lo gastado en mano de obra adicional para llevar a cabo un sistema de contabilidad paralelo (daño vinculado a la venta). Esta cláusula limitativa de responsabilidad no es extensiva a los tres

---

<sup>69</sup> VIVES, en el trabajo que comentamos menciona que la Sala "D" adopta la postura de SALVADOR BERGEL quien a fines de los ochenta escribiera un artículo "Informática y Responsabilidad Civil"

contratos restantes toda vez que por ejemplo el contrato de instalación no fue implementado por escrito consecuentemente no existía una cláusula limitativa al daño indemnizable y respecto del contrato de prestación de servicios que fue instrumentado por escrito carecía de cláusula de limitación de la responsabilidad. En concreto, siempre corresponde realizar una adecuada diferenciación en los contratos, en particular en esto de alta tecnología donde una de las partes, el usuario, es la parte débil del mismo, por su carencia de conocimientos técnicos específicos. “ello deriva en vincular cada rubro requerido con su respectivo contrato sin perjuicio de la “evaluación integral del marco negocial bajo el cual actuaron las partes.”

Sin ánimo de ser reiterativo, debemos agregar que, tal como la Corte destacó reiteradamente, en general el “usuario” de los servicios informáticos resulta “un no profesional” del tema por lo cual lo torna en la parte débil de la contratación, entre este y el profesional, prestador de estos servicios informáticos existe una importante brecha tecnológica, a partir de esta sola circunstancias el principio de buena fe resulta el marco donde se encierra todo el proceso de formación del contrato informático, cualquiera sea su tipología, vale decir este principio alumbra no solo la etapa de la celebración y ejecución del contrato sino que también comprende a la de formación del contrato.-

Es decir esta desigualdad tecnológica, requiere en todo momento de la buena fe como precepto liminar del negocio jurídico, y hasta llega, la Corte, a sostener que “el contrato debe interpretarse en contra del proveedor del servicio informático, quien debe utilizar una terminología clara para no confundir al adquirente”, ello abre la puerta a otro deber o carga legal sobre el proveedor, la obligación de información y consejo.-