

PROGRAMA DE DERECHO E INFORMATICA

LECCION 3

LOS CONTRATOS INFORMÁTICOS

1. Elementos. Cláusulas contractuales. Interpretación de los contratos informáticos. Clasificación. Figuras más representativas.
2. La compraventa informática.
3. Los contratos sobre el software.
4. El leasing informático.
5. El renting informático
6. El contrato de mantenimiento informático.
7. La auditoría informática.
8. El contrato de outsourcing.
9. El contrato de escrow.
10. El contrato de seguro informático.

1. Elementos. Cláusulas contractuales. Interpretación de los contratos informáticos. Clasificación. Figuras más representativas.

INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS INFORMÁTICOS

Antes de llevar a cabo el contrato en sí entre las partes contratantes será necesario una fase precontractual donde se necesitará de un asesoramiento profesional por un experto en informática, además de un asesoramiento jurídico. Esto en cuanto a contratos de cierta entidad.

En todo contrato informático tienen que estar presentes los siguientes cinco elementos:

- Qué se va a hacer. Será necesario establecer el objeto del contrato.
- Dónde se va a hacer. No es lo mismo trabajar desde el domicilio particular que desde una empresa.
- Cuándo se va a hacer. Espacio temporal del contrato.
- Cómo se va a hacer.
- Quién lo va a hacer.

Estos contratos se encuadran dentro de la teoría general de los contratos.

Un contrato informático se determina atendiendo al objeto del mismo que puede ser un bien informático o un servicio informático, por tanto puede tener como objeto una cosa corporal, un ordenador, o incorporal la creación de una página web.

Hay que distinguir entre contratación informática y contratación electrónica, que es aquella que se hace por medios electrónicos, pero no necesariamente por ordenadores, por ejemplo pagos con tarjeta de crédito en terminales al efecto.

La contratación informática también se define como aquella operación jurídica por la cual se crean, modifican o extinguen relaciones obligacionales sobre bienes o servicios informáticos. Este tipo de contratos son atípicos porque no existe un modelo único ni están regulados de forma específica siendo necesario acudir a la teoría general del derecho.

Son contratos innominados y aunque se tenga una base contractual será necesario acudir a la teoría general del derecho como ya se ha dicho con anterioridad.

También puede decirse que son conexos, en la mayoría de los casos, entendiendo en este sentido la existencia de varios contratos interrelacionados, como por ejemplo un contrato de asistencia técnica conexo a un contrato de suministro o de creación de programas, así no podrá tenerse un contrato de hardware sin tener asociado uno de software.

Otra peculiaridad es la desigualdad de información entre las partes contratantes. En este sentido, el proveedor del objeto o prestación de servicio tiene más conocimientos técnicos que un usuario.

Se exigirá de forma precisa que los cinco puntos (elementos de un contrato informático) especificados anteriormente estén completamente determinados.

El artículo 1258 del Código Civil dice así:

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

Se recoge en el sentido más estricto la buena fe de los contratantes dotando a estos contratos de la obligación de información, consejo y asesoramiento por parte del contratante más informado que es habitualmente el proveedor.

La obligación no consiste sólo en informar en su sentido más estricto sino que se debe aconsejar la solución más factible y beneficiosa para la otra parte, comprador-usuario.

El objeto de la contratación informática debe estar determinado de manera exquisita, con una terminología bien definida y redactado de forma precisa.

El concepto de forma exquisita hace referencia a los cinco elementos necesarios para determinar el contrato con toda precisión.

El contrato, por tanto, deberá estar bien detallado y ser minucioso no quedando nada sin determinar.

Los elementos esenciales de un contrato son el consentimiento, la causa y el objeto.

Elementos del contrato:

- **Consentimiento:** prestado por las partes: proveedor (el que realiza la prestación de los bienes o servicios contratables) y el usuario (persona física o jurídica que recibe la prestación). Ha de ser libre. Tienen mucha importancia los vicios de error y de dolo, por lo señalado al tener una de las partes preparación técnica.
- **Objeto:** múltiple y complejo. Bienes y servicios informáticos determinan la naturaleza del mismo. Relativos al equipo informático. Suministros informáticos y equipo de apoyo y auxiliares. Los relacionados con los recursos humanos. La relación de equipos. La explotación de programas con licencia de uso. La concreción en el objeto es esencial.
El proveedor o suministrador provee servicios y prestaciones a un usuario que puede ser tanto una persona física como una persona jurídica.
Pueden producirse vicios de error o un posible dolo por escasez de información de una de las partes (proveedor), de ahí la necesidad de minuciosidad y detalle.
- **Causa:** fin del contrato, y se debe concretar en la fase precontractual. Debe ser preciso y que las partes tengan en cuenta la finalidad que pretende obtener del contrato, y que se plantee de forma detallada las necesidades que se pretenden cubrir con la firma del contrato y las posibilidades que puede ofrecer.

Existe libertad de forma en cuanto a la elaboración pero se aconseja una formalización por escrito.

Además será preciso mencionar una serie de cláusulas de gran importancia:

- Duración del contrato. Hay que establecer la vigencia del contrato fijando los ritmos mínimos de trabajo así como la fecha en la que el proveedor incurrirá en mora (demora en la entrega). En caso de incidencia (mantenimiento) se debe precisar un plazo de cumplimiento.
- Fijación del precio. Precio cierto, determinado o determinable.
- Forma de pago.
- Plazo de entrega.
- Pruebas de recepción. Prueba de lo adquirido para comprobar si se satisfacen las prestaciones solicitadas por el usuario.
- Cláusula de confidencialidad. Garantiza la confidencialidad de los datos.
- Garantías.
- Responsabilidades.
- Mantenimiento. Normalmente se realizan dos contratos (contrato de mantenimiento conexo).

- **CLASIFICACIÓN**

1. De acuerdo al objeto del mismo:
 - Contratos de bienes informáticos.
 - Contratos de servicios informáticos.
2. De acuerdo a la naturaleza de los bienes informáticos:
 - Bienes materiales (hardware).
 - Bienes inmateriales (software).
3. Teniendo en cuenta las relaciones reales sobre la informática
 - Contratos de servicios.
 - Contratos de software.
 - Contratos de datos.
4. Atendiendo al negocio jurídico:
 - Contrato de compraventa. Equipos y programas.

- Contrato de Leasing. Son contratos de alquiler o arrendamiento. Se permite que en el último plazo la financiera de la opción de que con un plazo más se adquiriera el objeto en el cual versa el alquiler. Una parte de la renta se deduce como gasto.
- Contrato de Renting.
- Contrato de cesión de uso.
- Contrato de mantenimiento.
- Contrato de estudios previos o formación del personal.

1.- La compraventa informática.

Es un tipo de contrato en el que una de las dos partes se obliga a dar un bien informático y la otra en pagar con dinero o signo que lo represente (precio), se puede abonar también con cualquier otro medio de pago, tarjeta, cheque, letras de cambio.

Esta compraventa no tiene una regulación propia e individualizada como vimos al principio, pero se acoge a las normas generales sobre la compraventa, teniendo especial importancia determinar el objeto en el que recae y las características del mismo.

No se darían problemas a nivel de hardware pero sí a nivel de software ya que se dice que no cabe la transmisión del dominio ya que el vendedor no es propietario de los derechos de propiedad sobre éste. Se trataría de un contrato de venta de licencia del uso cuando nos refiramos al software y de venta pura y simple al hardware. Del vendedor cabe destacar su buena fe prestando especial atención a su deber de asesoramiento.

REQUISITOS

- Obligación de entrega e instalación. En su caso equipos o programas. La entrega de la cosa se extiende hasta el momento en el que el equipo está en funcionamiento o con posibilidades de estarlo. Hasta ese momento el comprador no asume riesgos (ni siquiera tendría obligación de pagar). Incluso, si se ha abonado el precio se puede pedir la devolución del mismo.
- El dominio se traslada cuando la cosa está instalada y en correcto funcionamiento, la propiedad por tanto del equipo o el programa.

- Test de aceptación. Implica que el adquiriente no asume obligación (pago) hasta que se haya probado el equipo y todo esté totalmente superado. El usuario debe comprobar el funcionamiento para que no haya vicios de fabricación. Cualquier fallo de fabricación será considerado como vicio oculto.
- Será necesario establecer la garantía. La Ley de responsabilidad Civil por daños causados por productos defectuosos ampara los daños que se provoquen por defectos en los equipos y bienes informáticos. Esta Ley integrada en el Texto Refundido 1/2007 de Protección de Consumidores y Usuarios, en sus artículos 142 señala:

“Los daños materiales en el propio producto, no serán indemnizables conforme a lo dispuesto en el presente capítulo, tales daños darán derecho al perjudicado a ser indemnizado conforme a la legislación civil y mercantil”.

Y artículo 143:

“El perjuicio sufrido por el defecto del producto o por el daño que dicho defecto le ocasionó”.

- Cláusula de mantenimiento. Este mantenimiento tiene dos vertientes:
 - Preventivo. Correcto funcionamiento.
 - Correctivo. Reparación de los fallos detectados.

El vendedor tiene que asegurar al comprador la propiedad intelectual siendo responsable de acreditar que posee la misma, y que está legitimado para transmitirla.

Un comprador toma un software diseñado por otro sujeto y dicho software es vendido a un usuario. Si el propietario detecta este uso indebido puede pedir al usuario final que abone la licencia correspondiente.

La defensa de este usuario final se basa en las responsabilidades que el vendedor tiene en cuanto a este tema pudiéndole solicitar al mismo los costes y gastos judiciales derivados.

- Cláusula de actualización del material. El equipo no puede quedar obsoleto y tanto el software como el hardware tendrán que seguir funcionando con el paso del tiempo, por tanto se puede contratar la actualización de ambos, si así lo desean las partes.

En cuanto al precio no existe obligación ya que el abono no tiene porque efectuarse hasta que exista consentimiento entre ambas partes, pero se puede pactar la entrega de una cantidad a cuenta, sobre todo en compraventa de software.

La naturaleza del contrato establece un plazo para el abono del precio que coincide con el periodo de prueba tras la instalación.

Se suele hacer un precontrato donde se establecen una serie muy precisa de garantías además de un primer pago o entrega.

No es de estricta aplicación el artículo 1466 del Código Civil que dice así:

“El vendedor no estará obligado a entregar la cosa vendida, si el comprador no le ha pagado el precio o no se ha señalado en el contrato un plazo para el pago.”

2. Los contratos sobre el software.

El software es considerado como una obra y no como un objeto asemejándolo algunos autores con una obra literaria, por lo que está bajo la protección de la Ley de Propiedad Intelectual y derechos de autor.

Es susceptible de apropiación por su autor. Se pueden ceder sus derechos de propiedad (venta) o se pueden ceder sus derechos de uso (licencia).

Pueden darse distintos tipos de contratos de este tipo:

- Contrato de consultoría. Su objetivo es un arrendamiento de servicio u obra donde el consultor se compromete a realizar un estudio de las necesidades del cliente en particular y de sus posibles soluciones. También se supervisa la actividad de la empresa que desarrolla el software actuando como intermediario entre esta y el usuario, para estimar si es el adecuado y la utilidad el mismo.
- Contrato de desarrollo de software. Se encarga la creación de un programa de ordenador que solvente unas necesidades. El creador del programa suscribe un contrato de obra. Es muy importante especificar con precisión el objeto y la tarea que tiene que realizar el mismo (el software). También será necesario especificar quien será el propietario y que derecho tendría cada parte sobre el programa.
- Contrato de licencia de uso de software. Es un tipo de contrato mixto ya que presenta vínculos con el contrato de compraventa y de arrendamiento de cosas. El

propietario del programa autoriza a otros a utilizarlo a cambio de una contribución. Este propietario conserva la propiedad y la cesión puede ser exclusiva o no, pero una vez que esta se ha llevado a cabo no es necesaria la autorización por parte del licenciante para reproducir el programa o modificarlo si fuera necesario.

Existen distintos tipos de licencias:

- Licencia del sistema. El cliente utiliza el software cuando quiere y en cualquier procesador (licencia de sistema básico).
- Licencia de nodo. Licencia de uso para un ordenador concreto.
- Licencia de clase. Licencia de uso para ordenadores de una clase determinada.
- Licencia de uso concurrente. Número de usuarios que pueden hacer uso del software.
- Licencia temporal. Algún software sólo se pueden utilizar durante un periodo de tiempo.
- Licencia Runtime. El usuario sólo puede utilizar las prestaciones de ejecución pero no las de programación.

En los contratos de software puede o no haber vinculación con el equipo. Este tipo de contrato varía dependiendo del tipo de software que se transfiere y también dependiendo de las obligaciones del proveedor del mismo.

Se pueden distinguir varios tipos:

1. Un contrato de software puede tratar la cesión de derechos que recogerá la transferencia de los derechos de propiedad que correspondan al proveedor. Por ejemplo el encargo de un software a medida, para uso personal o de una empresa.
2. Tipo de licencia. Es el más habitual y el propietario del mismo solo autoriza su uso. Pueden darse dos tipos de licencia:
 - Licencia de permanencia. Estado en el que se encuentre. No hay obligación de apoyo en un futuro y no se aseguran garantías.

- Licencia temporal no exclusiva. Se utiliza para la comercialización de software estándar. El proveedor permite el uso del mismo, retiene los derechos proporcionando licencias que tienen una duración determinada.

3. Licencias exclusivas.

- Se hace un software a medida.
- Existe un proveedor o un usuario que quiere la licencia para uso propio.
- Suele hacerse entre una empresa y un proveedor que se encargará de su comercialización.

4. El que se establece entre una empresa que da soporte al software a medida y mediante un pago o arancel se accede a un servicio de computación ofreciéndose además el procesamiento de los datos del cliente.

Personas entre las que se establece el contrato:

- Empresas dedicadas al desarrollo de software.
- Empresas dedicadas a la comercialización de software.
- Grupos de usuarios.

Tipos de contratos en general:

- Contratos a medida donde las partes negocian y prima la autonomía de la voluntad, al establecer las estipulaciones que más interesen a los contratantes.
- Contratos preimpresos de adhesión (se dan en el caso de los paquetes de software), la rotura del precinto supone la aceptación de la compra.

ASPECTOS A CONSIDERAR

1. PLAZO:

En el SOFTWARE hablamos de exclusividad o no exclusividad.

La exclusividad implica que:

- el proveedor se queda con los derechos de propiedad.
- el usuario no puede comercializar sobre ellos.

Esta puede ser:

- Temporal.
- Perpetua

Cuando hablamos de un Contrato perpetuo de provisión de software (o licencia perpetua) quiere decir que no incluye las actualizaciones.

2. ACCESO AL CÓDIGO FUENTE

Normalmente lo que uno obtiene es el código objeto (que es la compilación del código fuente), y no el código fuente.

3. TITULARIDAD DEL SOFTWARE

La mayoría de los contratos de software se estructuran como acuerdos de licencia.

Esta práctica se funda en la suposición de la existencia de DERECHOS DE PROPIEDAD respecto del software, reconocido conforme a la legislación de la propiedad intelectual.

4. GARANTÍA.

Proporcionada por el proveedor de software, es de vital importancia para equilibrar el cumplimiento de los objetivos perseguidos por el usuario en el momento de firmar el acuerdo.

5. PRUEBAS. INSTALACIÓN Y ACEPTACIÓN:

Se establece **de qué manera y cuando** es aceptado el software en los siguientes períodos:

- a. La instalación.
- b. Período de prueba.
- c. Aceptación (vinculada con el pago).

6. FIJACIÓN DEL PRECIO

En contratos para paquetes de software tenemos distintos costos:

- Honorarios.
- Instalación.
- Capacitación.
- Mantenimiento.
- Copias adicionales.
- Conversión y adaptación al cliente del software transferido

Pueden identificarse 3 tipos de fijación del tiempo en contratos:

1.-**TIEMPO Y MATERIAL:** El cliente se ve obligado a pagar al proveedor por todo el tiempo empleado y gastos realizados. (No es aconsejable)

2.-**PRECIO FIJO:** el contrato establece el precio total. (Resulta la modalidad mas adecuada para el cliente, quizás no para el proveedor).

3.-**PRECIO MÁXIMO ESTIMADO:** combina las dos modalidades

En cuanto a la forma de pago, resulta aconsejable vincularla al cumplimiento de las etapas, por ejemplo:

- Firma del contrato 20%.
- Instalación 30%.
- Aceptación 40%.
- Vencimiento del período de garantía 10%

3. **El leasing informático.**

Es un contrato atípico e innominado, que se utiliza por empresarios y profesionales (no el usuario-consumidor, que consume para uso propio, ya que, su suscripción se hace por tema fiscal), este contrato permite la adquisición de material para el desempeño de la profesión u oficio, de que se trate, pagándolo con los beneficios que se obtienen de su uso.

El usuario adquiere el equipo abonando unas cuotas y tras el tiempo pactado se le da la posibilidad de pagar una cuota más y adquirir el equipo o bien devolver el mismo, es un contrato que se suscribe con frecuencia, pues parte del pago de la cuota, o la cuota integra según los casos, supone un gasto deducible de los ingresos a efectos del pago de impuestos.

Es fruto de la ingeniería jurídica anglosajona y que se ha difundido progresivamente en los países de influencia económica como Estados Unidos. En nuestro país carece de regulación sustancial o material, aunque a efectos puramente fiscales se define como un arrendamiento financiero, en el Real Decreto Ley de 25 de Febrero de 1977 y en el Real Decreto Ley de 31 de Julio de 1980.

En la actualidad se define como aquel contrato perfeccionado entre una sociedad de leasing y un empresario en cuya virtud la sociedad de leasing transmite al financiado el uso y disfrute de un bien, a cambio de un canon o cuota periódica, por un tiempo determinado, al término del cual el usuario puede o devolver el bien o prorrogar el plazo del contrato, o incluso, ejercitar la opción de compra del bien por un precio residual.

Las partes que intervienen en una operación de Leasing son tres:

- Arrendador, que suele ser una entidad financiera.
- Arrendatario, ya sea empresario o profesional.
- Proveedor, que es el vendedor del bien objeto de Leasing.

Características:

Atípico: en los ordenamientos jurídicos a nivel general esta figura contractual no tiene un respaldo legal particular.

Consensual: prescribe que el contrato de arrendamiento financiero se puede celebrar mediante escritura pública, o si se desea puede simplemente suscribirse entre las partes en documento privado, debemos interpretar tal exigencia solo como una formalidad ad probationem, en razón que ella no se requiere para otorgar relevancia jurídica a la voluntad contractual, pues el negocio es eficaz cualquiera sea la forma de exteriorización sino el solo efecto de hacer posible la prueba de la existencia del contrato, o de su contenido sobre la forma en el leasing nos referimos.

Principal: un contrato es principal cuando cumple, por sí mismo, un fin contractual propio y subsistente, sin relación necesaria con ningún otro contrato; es decir, no depende ni lógica ni jurídicamente de otro pues él se presenta independiente de aquel.

Bilateral: las partes se obligan recíprocamente, unas respecto de las otras, sin que haya desigualdad en el ámbito contractual, “Es importante mencionar que, el contrato de leasing financiero puede ser plurilateral”.

Oneroso: En el contrato de leasing, el sacrificio patrimonial que experimenta la empresa financiera, al adquirir el bien y conceder el uso del mismo durante un plazo inicial, se ve compensado con el pago del canon periódico que recibe y, en su oportunidad, por el pago del valor residual pactado para la ulterior transferencia de la propiedad del bien.

De tracto sucesivo: El contrato se prolonga a lo largo del tiempo que se contrata, y cada mes, se realiza el pago, y el uso es cotidiano.

Es de adhesión: claramente el arrendador es el que impone las condiciones del contrato al usuario o al arrendatario. Esta característica es aplicada al leasing por cuanto las “clausulas esenciales son fijadas anticipadamente por una de las partes, para todas las personas que traten con ella” encontrándose así un contrato con condiciones generales.

Mercantil: en buena teoría este tipo de contrato es dirigido para el ámbito comercial.

Conmutativo: pues ambas partes tiene que realizar prestaciones similares, la una el pago de la cuota, y la otra la financiación del objeto que se arrienda. Con razón, pues se, dice que cada parte conoce con la debida anticipación cual es la importancia económica que el contrato reviste para ella.

De empresa: al menos expresamente, una de las partes es una empresa: la empresa de leasing: pero habitualmente son dos empresas las que intervienen en el leasing como partes contractuales; La empresa de leasing, de un lado, y la empresa usuaria, del otro, aunque es usado comúnmente por la mayoría de los profesionales.

DERECHOS Y OBLIGACIONES.

ARRENDATARIO

La elección del bien objeto del contrato según sus necesidades y preferencia, puede también elegir al proveedor suministrador. Usar libremente el bien sin más limitación que la de seguir las instrucciones del fabricante.

Por el contrato de arrendamiento financiero, el arrendatario se obliga a pagar unas cuotas al arrendador, que están destinadas a:

- Pagar el precio del bien objeto del contrato.
- Pagar los gastos financieros de la operación.
- Pagar el IVA.

El desglose de estas cuotas figura en un anexo del contrato de arrendamiento financiero, en el que también aparecen las fechas de los vencimientos. Una vez que han sido abonadas todas las cuotas del «alquiler» del bien, el arrendatario tiene la posibilidad de ejercer, mediante el pago de una cantidad, la opción de compra.

En el caso de que esto suceda, el bien objeto del contrato pasa a ser propiedad del arrendatario. El importe de la opción de compra, normalmente, coincide con el importe de la última de las cuotas que se han ido pagando.

Asegurar el bien objeto del contrato: Durante la vigencia del contrato de Leasing, todos los bienes financiados han de estar asegurados contra los riesgos de deterioro y pérdida total o parcial, y de responsabilidad civil.

ARRENDADOR

- Comprar el bien objeto del contrato según las instrucciones del arrendatario.
- Conservar la propiedad del bien hasta la finalización del contrato.
- Cobrar el precio pactado en la forma y plazos indicados en el contrato

PROVEEDOR

El proveedor realiza el contrato de compraventa con el arrendador y entregar la cosa al usuario. Sus derechos y obligaciones son idénticos a los del contrato de compraventa.

Duración del contrato de Leasing informático, teniendo en cuenta que su objeto es la adquisición de bienes de equipo, estaremos a lo establecido para el leasing de bienes muebles, por tanto, será de dos años mínima.

Habitualmente, los contratos de leasing financiero finalizan inexcusablemente al transcurrir su término de vigencia, sin necesidad de requerimiento previo ni aviso de ningún tipo.

Una vez finalizado, el arrendatario podrá:

→Ejercitar la opción de compra y adquisición del bien arrendado: esta opción suele ser la más habitual, a la vista del bajo importe de los valores residuales. En muchas ocasiones el valor residual se limita al equivalente al valor de una o dos cuotas del leasing.

Si el arrendatario se decide por ejercitar la opción de compra, debe comunicarlo al arrendador con una determinada antelación a la finalización del contrato (preaviso fijado en contrato). Por otra parte, el valor residual debe ser satisfecho al arrendador en un plazo determinado desde la finalización del contrato (plazo de pago del valor residual fijado en contrato).

→Restitución del bien arrendado: esta opción es menos frecuente que la anterior, si bien puede resultar conveniente en el caso de bienes con un elevado valor residual. En el caso del leasing financiero mobiliario, si el arrendatario opta por devolver el bien arrendado, debe entregarlo libre de gastos, en el lugar indicado por el arrendador, en buen estado de conservación y sin más desgaste que el desgaste derivado de su normal utilización.

Respecto al estado de conservación y al desgaste del bien arrendado, en el momento de la entrega, el arrendador podrá comprobar el estado correcto del material devuelto y, de formular reservas, exigir al arrendatario las reparaciones oportunas (reparaciones que correrán por cuenta del arrendatario).

→Realización de un nuevo contrato de leasing financiero sobre el mismo bien: opción posible desde el punto de vista legal pero muy poco utilizada en la práctica.

Resolución anticipada del contrato.

Las causas habituales de resolución anticipada de los contratos de leasing financiero suelen ser:

- * Incumplimiento contractual del arrendatario; falseamiento de datos aportados por el arrendatario al celebrar el contrato; solicitud de la declaración judicial de suspensión de pagos o quiebra del arrendatario, insolvencia manifiesta del arrendatario, y cese en las actividad

En caso de declararse la resolución anticipada del contrato, el arrendador puede optar entre:

- * Exigir el pago inmediato de las cantidades vencidas y no pagadas, de la parte correspondiente a la recuperación del coste del bien de las rentas que queden por vencer y del importe del valor residual. Además, puede incrementar la cantidad resultante en un determinado porcentaje si el contrato incluyere cláusula penal.

- * Exigir la devolución inmediata del material arrendado. En este caso, el arrendador además de las cantidades vencidas y no pagadas, podrá solicitar vía judicial una indemnización adicional por daños y perjuicios.

4. El contrato de renting informático.

El contrato de renting es un contrato atípico, cuya utilización y práctica se inició en EEUU con ánimo de renovar la industria americana. Como ocurre a menudo, la sociedad va por delante de la intervención pública, y se trata de un contrato que no se regula como tal en nuestro Código Civil ni en ninguna ley de carácter especial.

En esencia el leasing operativo o renting es un arrendamiento, y como tal le son aplicables muchas disposiciones del mismo, pero tiene ciertas especialidades que lo hacen especialmente atractivo desde un punto de vista empresarial, en cuanto permite la rotación acelerada de los productos que salen de la industria y posibilita al profesional el equipamiento más puntero tecnológicamente.

Concepto

El renting, también llamado leasing operativo, se puede definir como aquel contrato mercantil, en virtud del cual, el arrendador, siguiendo las instrucciones expresas del arrendatario, adquiere en nombre propio determinados bienes muebles, con el fin de alquilárselos para que éste los utilice por el tiempo que se determine en el mismo, pudiendo ser sustituidos por otros o ampliados durante el tiempo contractual.

Este contrato se suele acompañar de servicios complementarios que mantienen y aseguran el bien.

Diferencias con otras figuras contractuales afines.

A diferencia del leasing, el arrendatario no aspira a adquirir la propiedad de la cosa, sino que una empresa especializada del sector le provea en arrendamiento los bienes y se los sustituya y renueve en el momento que lo precise. Finalizado el periodo contractual no hay opción de compra para el arrendatario.

Mientras, que, en el renting, la entidad arrendadora afronta el riesgo técnico, prestando los servicios de mantenimiento y asistencia, por el contrario, en el "leasing financiero" todos los gastos ocasionados por las reparaciones, mantenimiento, servicios técnicos, conservación, seguros, etc., del bien financiado, corren de cuenta del usuario, a quien incluso pueden alcanzar -si así se pacta- todos los riesgos, desde el relativo a la idoneidad del material para la explotación, funcionamiento y resultado.

A diferencia del leasing, el renting puede prestarse por entidades no financieras, siendo un ejemplo clásico de renting las empresas de alquiler de vehículos en los aeropuertos.

1. Elementos del contrato.

En el contrato de renting intervienen tres partes:

Sujetos:

- Arrendatario: Necesita los bienes para desarrollar su actividad.
- Arrendador: Adquiere los bienes al fabricante o proveedor y los alquila. Debe ser una Sociedad
- Fabricante o proveedor al que recurre el arrendador.

Objeto:

Los bienes susceptibles de renting son todos aquellos que por su naturaleza son susceptibles de prestar un servicio económico productivo a la empresa.

Existen fundamentalmente tres tipos:

- Renting de automoción, cuando el bien objeto del Renting es un vehículo.
- Renting de equipamiento, cuando se arriendan bienes de equipo.
- Renting sobre activos inmateriales.

El objeto del renting de automoción no requiere de mayores explicaciones, el objeto del contrato son vehículos de todo tipo, sobre todo destinados a empresarios y autónomos, que se renuevan cada relativamente poco tiempo.

El renting de equipamiento es frecuente que recaiga sobre bienes de equipo tales como:

- Equipos de telecomunicaciones
- Equipos informáticos
- Equipos de ofimática (Impresoras, copiadoras)
- Equipos electrónicos
- Equipos de seguridad
- Maquinaria de obras públicas
- Maquinaria de elevación

En cuanto al renting sobre activos inmateriales, recae sobre el desarrollo de aplicaciones para el desarrollo de la información, aplicaciones ya desarrolladas denominadas vulgarmente “paquetes” con su correspondiente copyright o contratos de prestación de servicios informáticos.

En cualquier caso siempre recae sobre bienes muebles y se dividen en bienes tangibles e intangibles. Otra división interesante es la que clasifica los bienes según sean de baja, media o alta obsolescencia.

- Alta obsolescencia (2-3 años): Son bienes de alta obsolescencia aquellos que tienen una depreciación rápida en el mercado, así por ejemplo los

sujetos a cambios tecnológicos rápidos.

- Media obsolescencia (4 a 6 años): Es frecuente que los vehículos arrendados a empresas se rescaten a los pocos años sustituyéndolos por otros más actuales.
- Baja obsolescencia (6 años en adelante): Es menos frecuente y presenta menos ventajas.

Contenido.

El arrendador se compromete a la entrega de la cosa mueble objeto del contrato en el lugar y fecha establecidos, así como a la prestación de los servicios complementarios pactados, tales como:

- Mantenimiento y conservación.
- Instalación.
- Concesión de financiación.
- Asesoramiento e informes comerciales.
- Seguro a todo riesgo.

También corre con todos los posibles gastos derivados del saneamiento por vicios ocultos o por evicción de la cosa objeto del contrato.

En cuanto al arrendatario, se compromete al pago de un canon periódico, normalmente mensual, y a la diligente conservación y uso de la cosa, así como de poner en conocimiento del arrendador cualquier suceso, independientemente de su naturaleza, que pueda afectar al estado del bien.

Los bienes han de ser devueltos al arrendador a la terminación del contrato, salvo que medie prórroga del mismo. Corriendo el arrendatario con los gastos de devolución salvo pacto en contrario.

La rescisión del contrato. El arrendatario tendrá pleno derecho a rescindir el contrato firmado siempre que no se hubiere entregado aún la cosa y avisare con plazo suficiente.

Los bienes arrendados no podrán nunca ser embargados por deudas de la empresa arrendadora porque se encuentran en posesión legal del arrendatario mientras dure el tiempo determinado en el contrato.

Tampoco pueden ser objeto de embargo por deudas del arrendatario al no ser su propietario legal y pleno.

4. Características del contrato y de las obligaciones que se derivan del mismo

Se trata de un contrato atípico, consensual, oneroso, plurilateral o bilateral, a menudo de tracto sucesivo (si se pacta la renovación de los bienes cada un cierto periodo de tiempo). Es un contrato de naturaleza puramente mercantil, ya que el arrendador siempre será una sociedad, la cual se compromete a una obligación de actividad, normalmente no personalísima, positiva y que recae sobre un objeto limitado.

En cuanto a las obligaciones del arrendatario son principalmente la de pagar el canon, por lo que es una obligación de tracto sucesivo y pecuniaria.

En cualquier caso, y más allá de lo expuesto, lo esencial en este contrato reside en las cláusulas contractuales establecidas por las partes, teniendo en cuenta que el leasing operativo recae sobre un producto hecho a la medida y que se adapta a las necesidades particulares de cada empresa.

5. Ventajas

La principal ventaja de este contrato reside en el aspecto contable, pero además de las ventajas económicas, financieras y fiscales, Por cuestiones de obsolescencia, el renting es lo más conveniente de cara a una empresa, ya que permite la sustitución, renovación, ampliación, cambios, etc. durante el periodo contractual sin que represente la necesidad de realizar desembolsos e inversiones. Además, los servicios, especialmente el mantenimiento de los equipos o bienes es prestado por compañías oficiales lo cual garantiza que su rendimiento sea siempre óptimo.

5. El contrato de mantenimiento informático.

Es un contrato donde se pacta la obligación de mantener los equipos informáticos según las circunstancias con las actualizaciones pertinentes.

Puede ir unido a un contrato de compraventa o de software o a un contrato simple cuando ya se disponen de todos los equipos.

Este tipo de contrato puede ser efectuado por una empresa o por un autónomo o profesional.

El contenido ha de precisarse con detalle. También será necesario precisar el precio del servicio, incluso el tiempo que se tardaría en acudir para hacer la reparación oportuna en caso de avería.

Puede ser correctivo en caso de existencia de fallos, preventivo para anticiparse al problema y evolutivo cuando se requiere de actualizaciones o bien del programa o bien del material utilizado.

Existen pactos de responsabilidades por confidencialidad, teniendo en cuenta que se accede por medio de este contrato a las bases de datos del profesional o empresario, también es aconsejable, someterse a un sistema arbitral en el caso de existencia de conflictos ya que siempre un arbitraje es más rápido que un procedimiento judicial, o en su caso y desde la promulgación de la Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Ley 5/2012 de 6 de Julio, es muy aconsejable prever en el contrato el sometimiento a Mediación antes de acudir a los Tribunales.

6. La auditoría informática.

Revisa sistemas informáticos y supone una forma de revisión y control de los contratos informáticos y su cumplimiento. El auditor debe ser alguien independiente, objetivo, con notable preparación técnica y con experiencia en sistemas informáticos. Pueden ser internos (autoevaluación) o externos (más objetivos e independientes). Se vinculan a la empresa con un contrato de auditoría.

7. El contrato de outsourcing.

Se define como un acuerdo de colaboración entre una empresa cliente y una empresa de tecnología externa, con el fin de diseñar desde una óptica global una solución informática adaptada a las necesidades del cliente. Esta asumirá la compra de hardware, software, mantenimiento y asesoramiento. Se suele dar en pequeñas y medianas empresas.

En el contrato por escrito se plasma el plan de acción. Su duración es de 5 a 10 años.

Es de vital importancia señalar quien se desplazará, la empresa cliente a la empresa tecnológica o a la inversa.

8. El contrato de escrow.

Contrato similar al contrato norteamericano siendo también similar al contrato de depósito del Código Civil. Es un instrumento jurídico mediante el cual se garantiza al usuario el acceso al código fuente del programa bajo determinadas circunstancias. De esta manera se

permite a una persona de confianza, que suele ser un tercero, que se convierta en depositario del mismo.

Sus características:

- Titular. La finalidad es probar la titularidad del programa depositado.
- Usuario. Acceso al código fuente.
- Autónomo o independiente.
- Vinculado a otros contratos de licencia o mantenimiento.

Existe un pacto entre la empresa titular del programa y el usuario del mismo en el que se recoge que el código fuente de este lo tendrá un depositario que tiene la obligación de guardarlo y de entregarlo al usuario cuando se cumplan las condiciones pactadas en el contrato dado que dicho usuario podría necesitar el código fuente para la modificación del programa en un futuro.

Es preciso destacar:

- El contrato entre el titular del programa y el usuario.
- La obligación del depositario de guardar el código fuente. Este cobrará un abono y sólo devolverá este código fuente cuando se cumplan las condiciones pactadas en el contrato.

Artículos del Código Civil que regulan el depósito.-

Artículo 1760 El depósito es un contrato gratuito, salvo pacto en contrario.

Artículo 1761 Sólo pueden ser objeto del depósito las cosas muebles.

Artículo 1762 El depósito extrajudicial es necesario o voluntario.

Este contrato ahora llamado escrow, como les he comentado se puede utilizar en innumerables ámbitos, y, con referencia a nuestra materia podemos apuntar algunas:

1. Desarrollos informáticos contratados con una empresa. No podemos desconocer que las empresas se crean y desaparecen como las rosquillas, y no estaría de más depositar los programas informáticos, app, webs, blogs, logotipos, etc. que nos están desarrollando en manos de un tercero que se encargue de la custodia de los mismos en previsión de la desaparición o concurso de quién nos los está haciendo, e incluso que vaya pagando al informático a medida que desarrolle el programa.
2. En el ámbito de la propiedad intelectual, la irrupción del mundo blogger de la redes sociales etc. es obvia, y demostrar la autoría de una obra o de un perfil social puede ser un grave problema, por lo que no está de más contratar un servicio escrow que actúe como depositario de nuestras obras (en este caso el escrow debe de ir acompañado de un servicio de alojamiento (hosting) y de sellado en tiempo (time stamping), y más que de un escrow hablamos de un simple depósito como contrato autónomo.
3. En las ejecuciones de obra. Es el eterno problema de contratar una obra con una empresa más o menos seria, que normalmente pide un anticipo, y se compromete a ejecutar una obra en un plazo (desde la reparación de un cuarto de baño hasta la construcción de una autopista, o la creación de un programa informático , el escrow puede servir para fijar claramente las obligaciones de las partes y comprobar el cumplimiento de dichas obligaciones.

9. El contrato de seguro informático.

Contrato de seguro normal y corriente pero que cubre la responsabilidad que se puede derivar del uso informático, por tanto el objeto del mismo, serán los daños que se causen por equipos o sistemas informáticos, o los daños que puedan sufrir éstos.

Es un contrato mercantil, que está sometido a la Ley de Contrato de Seguro, siendo de plena aplicación la misma, así como las condiciones generales de estos contratos.

Tipos que pueden darse:

- Incendio.
- Robo.
- Avería.
- Transporte terrestre.
- Responsabilidad civil.

