

SABERES

Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales

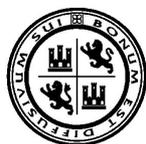
VOLUMEN 1 ~ AÑO 2003

Separata



LOS CONTRATOS INFORMÁTICOS

Gotzone Múgica Arrien



UNIVERSIDAD ALFONSO X EL SABIO
Facultad de Estudios Sociales
Villanueva de la Cañada

© Gotzone Música Arrien

© Universidad Alfonso X el Sabio
Avda. de la Universidad,1
28691 Villanueva de la Cañada (Madrid, España)

Saberes, vol. 1, 2003

ISSN: 1695-6311

No está permitida la reproducción total o parcial de este artículo ni su almacenamiento o transmisión, ya sea electrónico, químico, mecánico, por fotocopia u otros métodos, sin permiso previo por escrito de los titulares de los derechos.

LOS CONTRATOS INFORMÁTICOS*

Gotzone Múgica Arrien**

RESUMEN: Las nuevas tecnologías de la información están introduciéndose de manera vertiginosa en nuestra vida. La irrupción de estas tecnologías en el mundo empresarial ha propiciado la aparición de nuevos modelos de contratos y nuevas formas de contratación. El ordenamiento jurídico no debe quedar al margen de esta situación, aunque como se comprobará en el presente artículo, la vertiginosa velocidad a la que avanza el mundo de la informática no ha sido correspondida con el avance de la regulación jurídica de esta materia.

PALABRAS CLAVE: nuevas tecnologías, Internet, contratos informáticos.

SUMARIO: 1. Introducción.– 2. Elementos de los contratos informáticos.– 3. Cláusulas contractuales.– 4. Interpretación de los contratos informáticos.– 5. Clasificación de los contratos informáticos.– 6. Figuras contractuales más representativas.– 6.1. La compraventa informática.– 6.2. Los contratos sobre el software.– 6.3. El leasing informático.– 6.4. El contrato de mantenimiento informático.– 6.5. La auditoría informática.– 6.6. El contrato de outsourcing o facilities management.– 6.7. El contrato de escrow.– 6.8. El contrato llave en mano (turn key package).– 6.9. El contrato de seguro informático.– 6.10. Los contratos relativos a Internet.– 6.10.1. Contrato de acceso a Internet.– 6.10.2. Contratos de alojamiento de sitios web (web site hosting).– 6.10.3. Contratos de publicidad.

1. Introducción

El criterio para determinar si nos encontramos ante un contrato informático es atender a su objeto. El objeto de éstos debe recaer siempre sobre bienes y/o servicios informáticos.

Miguel Ángel Davara Rodríguez define los contratos informáticos como «aquéllos cuyo objeto sea un bien o servicio informático, o ambos, o que una de las prestaciones de las partes tenga por objeto ese bien o servicio informático». Este mismo autor diferencia la contratación informática, que él define como hemos expuesto, de la contratación electrónica. Esta última la define como «aquella que se realiza a través o con ayuda de medios electrónicos, que no tienen porqué ser necesariamente ordenadores».

* Publicado inicialmente en <http://www.uax.es/iurisuax> año 2001.

** Profesora de Derecho Empresaria. Universidad Alfonso X el Sabio.

El profesor Ghersi establece una definición algo más jurídica de la contratación informática, y la concibe como «aquellas operaciones jurídicas por las cuales se crean, modifican o extinguen relaciones obligacionales sobre bienes o servicios informáticos».

Los contratos informáticos son atípicos. Esto es, no es posible establecer un modelo único de contrato informático. No están regulados de forma específica. Esto nos lleva a acudir a la teoría general de la contratación, sin obviar, claro está, que estos contratos tienen una serie de características y circunstancias propias.

Debido a su atipicidad, el ámbito de actuación de la voluntad de las partes es amplísimo. Dicha atipicidad plantea, además, la necesidad de adaptarlos a los tipos legales ya existentes. Puede ocurrir que haya contratos informáticos que no coincidan con ninguno de los ya regulados o que sean la combinación de diferentes tipos contractuales dando lugar a contratos unidos, múltiples o mixtos. En materia de contratación informática la naturaleza más habitual de los contratos es la mixta. Supone que un solo acto negocial engloba diversas prestaciones características de otros contratos típicos.

La regulación aplicable a estos contratos la encontraremos aplicando, en primer lugar, las normas referentes al elemento principal, uniéndolas a las que provengan de la combinación con los demás elementos del contrato y aplicando, finalmente, las reglas aplicables a los tipos contractuales más afines.

Otra forma posible de presentación de los contratos informáticos es como contratos conexos. En este tipo de contratos aparece un conjunto de contratos típicos íntimamente relacionados, haciendo depender los resultados de uno de los demás. Las conexiones entre los contratos informáticos son indiscutibles; el hardware únicamente funciona cuando se le aplica un software; un contrato de asistencia técnica sólo tiene sentido si hay algo que reparar, etc...

Una peculiaridad de los contratos informáticos, estriba en la desigualdad existente entre las partes contratantes, tanto en un plano económico como en el técnico. El proveedor ostenta, normalmente, una posición económica más fuerte que la del usuario, sus conocimientos técnicos habitualmente son muy superiores a los del cliente.

Por eso, la forma más habitual de realizar estos contratos son los contratos de adhesión que funcionan estableciendo unas condiciones generales que el cliente acepta o no, pero que no puede modificar ni negociar.

Basándonos en el principio de buena fe que debe presidir los contratos, según establece el artículo 1258 del Código Civil, la obligación de información, consejo y asesoramiento por parte del contratante más informado, esto es, el proveedor, adquiere una importancia decisiva en el ámbito contractual informático. Dicha obligación no consiste únicamente en informar en sentido estricto, sino que se debe aconsejar la solución más beneficiosa y factible a las necesidades de la contraparte.

La desigualdad entre las partes, unida a la diversidad de las prestaciones que es habitual que incluyan los contratos informáticos, nos lleva a concluir que el objeto de la contratación informática debe estar precisado de manera muy exquisita y con una terminología perfectamente detallada. Los contratos informáticos deben ser redactados de forma especialmente minuciosa.

2. Elementos de los contratos informáticos

Al igual que en la contratación ordinaria, los elementos de los contratos informáticos son el consentimiento, la causa, y el objeto lícitos. Conviene, no obstante, establecer las peculiaridades que en materia informática presentan estos elementos.

La causa es la finalidad para la que sirve el contrato. En los contratos informáticos debe ser concretada en la fase precontractual. Resulta imprescindible que, antes de prestar su consentimiento, las partes tengan muy clara la finalidad que pretenden obtener del contrato, y que cada uno plantee de manera muy clara, y especialmente detallada, las necesidades que pretende cubrir con la firma del contrato y las posibilidades que pueden ofrecer.

La determinación del objeto de los contratos informáticos sí plantea mayores peculiaridades debido a la complejidad y multiplicidad de las prestaciones que aparecen en los mismos. El objeto son los bienes o servicios informáticos. La concreción del objeto en estos contratos es esencial. Precisamente, será la determinación del objeto contractual el criterio para calificar la propia naturaleza contractual. Son bienes informáticos, por ejemplo: los relativos al equipo informático, los suministros informáticos, el equipo de apoyo y auxiliares a la información etc... Son servicios informáticos: los relacionados con recursos humanos, los de acondicionamiento de locales e instalación de equipos, los de explotación de programas con licencia de uso, los de estudios de mercado en materia informática etc...

Una vez determinado el objeto del contrato, las partes deberán alcanzar la coordinación de sus voluntades, esto es, prestarán su consentimiento a la celebración del contrato.

Las partes implicadas en un contrato informático son, por un lado, el proveedor o suministrador que será quien se obligue a realizar la prestación de los bienes o servicios pactados, y, por el otro lado, el usuario, que es la persona, física o jurídica, que recibe esa prestación.

El consentimiento de las partes será prestado libremente. Sin que esto suponga una peculiaridad de la contratación informática, conviene resaltar la importancia que tienen, en este ámbito, los vicios del error y el dolo debido a la diferencia en materia de preparación técnica que hay entre las partes.

Es aplicable en materia informática, el principio de libertad de forma establecido en el artículo 1278 del Código Civil. Es conveniente, no obstante, que los contratos informáticos se formalicen por escrito, debido a la ya reiterada diferencia de conocimientos técnicos de las partes, la complicación técnica de la materia y la rápida evolución del ámbito informático.

3. Cláusulas contractuales

El principio base de la contratación ordinaria en nuestro ordenamiento, es la autonomía de la voluntad de las partes, por la cual los contratantes determinan el perfil de su negociación. Así también ocurre en materia de contratación informática. Sin embargo, se pueden enumerar de una forma genérica las cláusulas más representativas, que las partes incluyen en los contratos informáticos. Además de las ya mencionadas sobre el objeto, la causa y la determinación de las partes intervinientes, se pueden enumerar las siguientes:

- La duración del contrato: es necesario establecer en el propio contrato la vigencia del mismo, concretando los ritmos mínimos de trabajo y las fechas a partir de las cuales comenzarán las responsabilidades por mora del proveedor. En un contrato informático de cierta entidad el factor tiempo es determinante. El retraso en las prestaciones puede suponer la paralización de una empresa o la suspensión parcial de sus actividades. Incluso podría suponer la obsolescencia de ciertos elementos pactados en el contrato.

- La fijación del precio y la forma de pago: variarán en función del objeto del contrato, pero el precio, indudablemente, debe ser cierto, bien porque se ha concretado expresamente en el contrato o bien porque se han establecido los criterios para determinarlo. La profesora Hernando señala seis posibles formas de establecer el precio que son el ajuste o precio alzado, la tasación por un tercero, el precio por medidas o piezas, la cláusula de cuota o participación y la cláusula de estabilización.
- La entrega y pruebas de recepción: es habitual que el propio contrato establezca un periodo de prueba para la comprobación de que las prestaciones realizadas satisfacen las necesidades del usuario. En materia informática este periodo es muy importante por la complejidad técnica que revisten las prestaciones a realizar.
- Otras cláusulas: es frecuente, y hasta conveniente, que se incluyan en los contratos informáticos, cláusulas de confidencialidad que garanticen la reserva de información por ambos contratantes. Además, es importante hacer constar en el clausulado las garantías y responsabilidades a que se comprometen las partes. Se suele incluir también, una cláusula de mantenimiento, pero actualmente y dependiendo de las circunstancias, es frecuente celebrar un contrato de mantenimiento autónomo e independiente de cualquier otro.

4. Interpretación de los contratos informáticos

En principio, para la interpretación de los contratos informáticos se siguen las reglas de interpretación contenidas tanto en el Código Civil como en el Código de Comercio para la contratación ordinaria. Pero el carácter técnico de muchas de las cláusulas de los contratos informáticos, hace recomendable, y hasta necesario, que se adjunte al contrato un listado de precisiones conceptuales.

Además, es importante en este tipo de contratos, atender a la fase precontractual para realizar la interpretación, aunque en materia de contratación ordinaria el artículo 1281 y siguientes del Cc se olviden de ella. Es necesario acudir al estudio de esta fase con el fin de interpretar correctamente las intenciones de las partes contratantes.

5. Clasificación de los contratos informáticos

La clasificación de los contratos informáticos, se puede realizar en base a criterios muy diversos, pero su complejidad, su propia naturaleza y la constante evolución del mundo informático, puede hacer que cualquier intento de clasificación quede desfasada o incompleta.

Se pueden establecer, no obstante, los cuatro criterios de clasificación más representativos o significativos:

- Atendiendo al objeto sobre el que recaigan los contratos tendremos contratos sobre bienes informáticos y contratos sobre servicios informáticos.
- Atendiendo a la naturaleza de los bienes informáticos tendremos contratos que recaen sobre bienes materiales, esto es, el hardware, los que recaen sobre bienes inmateriales, software, y por otro lado, los que recaen sobre bienes informáticos.
- Atendiendo a las relaciones reales que recaen sobre la informática los dividiremos en contratos de hardware, contratos de software, contratos de datos, contratos de servicios y contratos complejos.
- Atendiendo al negocio jurídico que se celebre la clasificación sería la siguiente: contrato de venta, tanto de equipos como de programas, contrato de leasing, contrato de locación sobre equipos o programas, contratos de cesión de uso, contratos de mantenimiento y contratos de prestaciones intelectuales como los de estudios previos, formación de personal, contrato llave en mano etc...

Por la complejidad de la materia, parece que lo más conveniente es no agrupar los contratos informáticos en torno a una determinada clasificación, sino realizar una enumeración contractual sin olvidar que el objeto de todos ellos puede ser un bien y/o servicio informático.

6. Figuras contracuales más representativas

6.1. *La compraventa informática*

La primera pregunta sería si se trata de una figura negocial con caracteres propios con respecto a la compraventa ordinaria. El concepto de

compraventa informática, es aquella que recae sobre bienes informáticos, no le confiere autonomía propia.

Únicamente justifica un tratamiento especializado el objeto sobre el que recae y las características propias de éste.

En cuanto al hardware, no hay problema alguno en considerarlo objeto del contrato de compraventa. Los problemas se plantean al hablar de la venta de software, es decir, de los programas de ordenador. Algunos autores afirman que no es correcto hablar de venta de software. En ese supuesto, no puede producirse transmisión del dominio porque el vendedor no es, normalmente, el titular de los derechos sobre el software, en los términos que establece la Ley de Propiedad Intelectual. Opinan estos autores, que lo que habrá, en su caso, es un contrato de licencia de uso.

El principio de buena fe es especialmente relevante en el contrato de compraventa informática debida a la ya mencionada diferencia de cualificación técnica de las partes.

Las obligaciones del vendedor en un contrato de compraventa informática son las mismas que las de cualquier vendedor, aunque se debe otorgar una especial atención al deber de asesoramiento que tiene el vendedor, sobre todo, en los supuestos de venta de grandes equipos. Comprende este deber el asesoramiento al cliente, sobre el equipo más recomendable para sus necesidades.

Por la especificidad del objeto del contrato se supone que la necesidad de la entrega de la cosa en el estado en que se hallase al perfeccionarse el contrato, se extiende hasta el momento en que el equipo esté en funcionamiento o con posibilidades de estarlo. El comprador no asumirá ningún riesgo hasta ese momento, es una garantía de buen funcionamiento durante un tiempo determinado. Se considera conveniente que tras la entrega e instalación, el vendedor certifique por escrito al adquirente, que el equipo se halla listo para que éste compruebe su perfecto funcionamiento.

Es interesante destacar que en la compraventa ordinaria, a tenor de lo que dispone el artículo 1484 del Cc, el vendedor se eximirá de su responsabilidad por defectos físicos ocultos de la cosa, si el comprador es un perito que, debido a su profesión, pudiera haber conocido fácilmente esos defectos. Pero, en el ámbito de la compraventa informática, la interpretación de este precepto debe ser restrictiva, debido a la complejidad técnica de este tipo de contrato.

El artículo 1466 del Cc afirma que el vendedor no estará obligado a entregar la cosa vendida si el comprador no ha pagado el precio o si no se ha señalado en el contrato un plazo para el pago. El vendedor no podrá exigir el

pago del precio hasta que no haya conformidad en cuanto a las características y utilidades del bien objeto de compraventa. El artículo no se puede aplicar a la compraventa informática en la forma en que se hace en la compraventa ordinaria. La propia naturaleza de este contrato exige el establecimiento de un cierto plazo para el pago, que como mínimo coincidirá con el periodo de prueba, y supone, en los grandes equipos, la previa instalación y puesta en funcionamiento.

6.2. Los contratos sobre el software

El concepto de software que da el profesor Ramírez Iglesias es el siguiente: «El software lo componen los programas de ordenador que cuando se conjugan con la "máquina" son capaces de procesar, con el fin de ejecutar o alcanzar, una determinada función, tarea o resultado».

En lugar de hacer una clasificación entre los contratos sobre el software atendiendo a razones como la función del software, su estandarización etc..., es preferible hacer un estudio de cada uno de ellos atendiendo a su propia vida.

Contrato de consultoría. Puede ser considerado un contrato de arrendamiento de servicio o de obra. Se trata de pactar entre el cliente y el consultor que éste va a realizar un estudio previo de las necesidades de ese cliente en particular y de las posibles soluciones a esas necesidades. Además, el consultor se compromete a supervisar la actividad que realiza la empresa que desarrolla el software siendo un intermediario entre el cliente y dicha empresa. El cliente en un contrato de consultoría puede ser un cliente de la empresa de desarrollo del software, o puede ser la propia empresa de desarrollo. El contrato debe concertarse como paso previo, en su caso, a un contrato de desarrollo de software.

Contrato de desarrollo de software. Supone que el cliente encarga a alguien técnicamente cualificado la creación de un programa de ordenador que solvente sus necesidades concretas. El desarrollador del programa con quien se contrata, puede ser un programador autónomo o una empresa de software dedicada a ello. Es considerado un contrato de arrendamiento de obra. En este tipo de contratos el llamado "documento de especificaciones" es vital, ya que recoge en detalle el objeto del contrato, informando de la tarea que va a realizar el software. Al formalizar el contrato, es importante concretar quién es el titular del software y el alcance de los derechos de cada parte sobre el programa.

Contrato de licencia de uso del software. El titular de los derechos de explotación del programa (normalmente es el creador del programa) autoriza a otra persona a utilizar ese programa a cambio de una retribución. El licenciante conserva la propiedad del programa. La cesión del uso puede ser en exclusiva o no, y no es necesaria la autorización del propietario para la reproducción o transformación del programa cuando dichas actuaciones sean necesarias con arreglo a la finalidad del mismo

La doctrina lo considera como un contrato mixto con caracteres de compraventa, y de arrendamiento de cosas. La regulación aplicable, establecen, será la Ley de Propiedad Intelectual, aunque no habría problemas en acudir a la regulación de los contratos anteriormente mencionados, para resolver cuestiones generales.

Existen diferentes tipos de licencia de uso con base en el objeto propio del contrato de licencia:

- Licencia de sistema: el cliente puede utilizar el software cuando quiera en un procesador cualquiera (licencia de sistema básica), en un ordenador de una clase determinada (de clase), o, en un ordenador concreto (licencia de NODO).
- Licencia de uso concurrente: únicamente pueden utilizar el programa un número máximo de personas identificadas al mismo tiempo.
- Licencia temporal: supone la utilización del software durante un periodo concreto.
- Licencia runtime: el licenciatario sólo puede utilizar las prestaciones de ejecución del programa, no las de programación.

En todos estos tipos hay una relación directa entre el titular y el cliente, la negociación es entre ellos. Pero existe otro tipo de licencia que no es personalizada; SWRINK-RAP LICENSE, para paquetes de amplia distribución. No cabe el trato directo entre las partes, debido al gran consumo. El software se entrega en un paquete sellado, de tal forma que la fractura del sello supone aceptar las condiciones de uso impuestas por el titular del programa.

6.3. *El leasing informático*

Sus características son las mismas que las de cualquier operación de leasing. Es una operación que utilizan los empresarios y profesionales para adquirir material caro pagándolo con los beneficios que obtienen de su uso. El cliente (usuario) puede utilizar el equipo pagando unas cuotas periódicamente y al finalizar el tiempo pactado, puede optar entre comprarlo pagando una cantidad adicional o rescindir el contrato devolviendo el equipo.

En el leasing informático, no es habitual que el cliente ejercite la opción de compra inherente a cualquier operación de leasing, debido a la vertiginosa evolución del material informático. A pesar de la propiedad de la sociedad de leasing sobre el equipo, lo más habitual es que se establezca en el contrato la responsabilidad del usuario en el mantenimiento y reparación del equipo.

Lo más frecuente es que el leasing recaiga sobre el hardware. Se puede afirmar que el software no puede ser objeto de una operación de leasing ya que no podría ejercitarse la opción de compra debido a que, normalmente, los derechos de autor sobre el software no pertenecen al vendedor. A esto se unen las dificultades de estimar el valor residual del software, a efectos de ejercitar la opción de compra. Por ello, lo habitual es que exista un leasing sobre el hardware y un contrato de licencia de uso sobre el software.

6.4. *El contrato de mantenimiento informático*

Es aquel contrato que se pacta con el fin de asegurar la perfecta utilización del bien adquirido, realizar las adaptaciones precisas según las circunstancias e introducir las mejoras oportunas.

Es un contrato bilateral, oneroso y de tracto sucesivo. Se discute si se debe considerar como un contrato de arrendamiento de servicios, o, por el contrario, como uno de arrendamiento de obra. Los problemas que plantea considerarlo un arrendamiento de obra radican en la fijación previa del precio del trabajo a realizar. Si se fija un resultado concreto como objeto del contrato, una parte podría exonerarse de responsabilidad si el problema a solucionar no es exactamente el que se había contratado. En cuanto a considerarlo un arrendamiento de servicios, el problema radica en que se coloca al usuario en una situación de desprotección debido a que únicamente contrataría una actividad fijada en unidades de tiempo, sin concretar un resultado determinado. La solución más equitativa sería

considerarlo un contrato de arrendamiento de servicios pero en su perfeccionamiento, se acordarían unos resultados de funcionamiento básicos, que mostraran que, efectivamente, la labor de mantenimiento se ha producido.

Puede ser que el mantenimiento de un equipo informático se incluya como una cláusula más de un contrato concreto (compraventa, por ejemplo) o puede ser que se celebre un contrato que se refiera únicamente al mantenimiento de un equipo. Cuando se trata de un contrato autónomo e independiente, el alcance del mantenimiento contratado, va más allá de las obligaciones y garantías legales y convencionales que tienen los suministradores de los productos.

La entrega de un sistema informático no se puede considerar como recepción. Se establece en este campo una dualidad de recepciones; una recepción provisional, cuya finalidad es descubrir los defectos del equipo, si los tiene, y una recepción definitiva si es que en la fase anterior no se han descubierto defectos o cuando, descubiertos éstos, el proveedor los haya subsanado.

Esta responsabilidad del proveedor, no se puede considerar mantenimiento en sentido estricto, ya que el equipo no ha sido aún entregado. Únicamente se considerará entregado en el momento de la recepción definitiva.

En el contrato las partes fijarán en qué consiste exactamente el servicio a prestar. El mantenimiento puede ser correctivo, preventivo o evolutivo, pudiendo incluirse los tres servicios en un mismo contrato, o firmar tres contratos diferentes. Se concreta también la duración del contrato (puede ser determinada o indeterminada con preaviso), el precio del servicio y una cláusula de responsabilidades de las partes. Es frecuente que las partes firmen un pacto de confidencialidad, ya que el proveedor tiene acceso a datos del cliente, que deben permanecer reservados. Es aconsejable incluir una cláusula de sumisión al sistema arbitral, ya que los conflictos que puedan surgir se solucionarán con mayor rapidez y precisión.

6.5. La auditoría informática

Se puede entender como auditoría informática, la revisión del sistema informático y su entorno. Se trata de comparar lo que se hace con lo que se debería hacer y lo que existe con lo que debería existir. Concretamente, se presenta como una forma de revisión y control de los contratos informáticos y su cumplimiento.

La persona que realiza esta función es el auditor, que debe tener suficiente independencia y objetividad, a la par que contar con una notable preparación técnica y una amplia experiencia en sistemas informáticos.

Puede haber auditores internos o externos, esto es, estar dentro de la jerarquía empresarial o no. En el caso de los externos, además de la preparación técnica, es necesario que sean objetivos e independientes. Se vinculan a la empresa-cliente a través de un contrato de auditoría.

Los auditores internos participarán en el estudio de las ofertas contractuales y su posterior perfección, quedando para los externos la labor de depurar y revisar las fases de la contratación. Esta revisión se concreta en los siguientes aspectos: que lo que se va a contratar está justificado y es acorde con los planes empresariales; que se han cumplido los requisitos y formas de contratación; revisar las tendencias tecnológicas y que la última decisión se ha tomado basándose en criterios financieros, fiscales, tecnológicos y jurídicos adecuados; y por último, constatar que el tipo contractual elegido es el más conveniente.

6.6. El contrato de outsourcing o facilities management

Se define como un acuerdo de colaboración entre una empresa-cliente y una empresa de tecnología externa, con la finalidad de diseñar, desde una óptica global, una solución informática adaptada a las necesidades de la cliente.

La empresa tecnológica asumirá, entre otras, las siguientes funciones: adquirir el hardware y software, adquirir redes, prestar mantenimiento, desarrollar y modificar el software, servicios de back-up, asesorar y formar al personal de la empresa-cliente, etc...

La empresa-cliente espera de la tecnológica que satisfaga de la manera más óptima sus necesidades, ayudándole a incrementar su competitividad empresarial reduciendo los costes en lo posible. Al encomendar la gestión informática a una empresa especializada se da un aporte de conocimiento y experiencia que redundará, en beneficio de la empresa mejorando su eficacia. Además, la empresa-cliente puede volcar todos sus esfuerzos en la actividad que comprende su propio negocio, estando en una mejor posición para competir.

Lo más frecuente es que la empresa-cliente sea una empresa de tipo pequeña o media. Las grandes empresas tienen capacidad suficiente para tener ellas mismas un departamento de informática. Algunas de las empresas tecnológicas que últimamente han celebrado contratos de

outsourcing en España son: EDS, IBM, BT Telecomunicaciones, Alcatel sistemas de información.

En este tipo de contrato es muy importante la fase de negociación previa a la firma del contrato. Se establece en esta fase un plan de acción minucioso que, normalmente, se plasmará por escrito y se adjuntará al propio contrato.

Además de otras estipulaciones debe constar de manera muy clara y precisa en el propio contrato, si la empresa tecnológica se va a desplazar a las instalaciones de la cliente o viceversa. La duración de los contratos suele ser de cinco a diez años.

6.7. El contrato de escrow

Es un contrato de origen norteamericano similar al de depósito. Es el instrumento jurídico a través del cual, se garantiza al usuario el acceso al código fuente de un programa en determinadas circunstancias. El código fuente es el núcleo formal de un programa que constituye la primera expresión independiente del proceso de creación del mismo.

Existen variados tipos de contratos de escrow:

- Según el tipo depósito, puede ser escrow privado, cuando el depósito se realiza a una persona de confianza de ambas partes que no se dedica profesionalmente a ser depositario, o escrow institucional, cuando el depositario se dedica habitualmente a serlo.
- Según la finalidad del depósito, puede ser escrow titular cuando la finalidad es probar la titularidad del programa depositado, o escrow usuario, cuando la finalidad es garantizar el acceso al código fuente.
- Según la forma de contratación, puede ser un contrato autónomo e independiente, o un contrato integrado, siendo parte de uno de licencia o de mantenimiento.
- Según el número de usuarios con acceso al código depositado, puede ser un escrow unitario, o uno plural.

Se trata de pactar entre la empresa de software que es titular de los derechos de propiedad intelectual sobre el programa y el usuario, que el código fuente del programa se entregue a un tercero, el depositario, que tiene la obligación de guardarlo y entregárselo al usuario, cuando se cumplan las condiciones que las propias partes establecen en el contrato. El

usuario puede necesitar el código para el mantenimiento, modificación o interoperatividad del programa.

Se puede afirmar que existen dos operaciones en este contrato (en realidad dos contratos diferentes). Por una parte está la operación del escrow, entre el usuario y la empresa de software, y por otra, el acuerdo con un tercero que se compromete a guardar y restituir en su momento el código. Es habitual, aunque no necesario, que el depositario participe en la primera de las operaciones (escrow).

En la operación con el tercero (depósito) se deben seguir las reglas del depósito contenidas en el Código Civil, aunque algunas no le sean aplicables. Por ejemplo, establece el artículo 1.760 del Cc que el depósito será, como regla general, gratuito pero en el caso específico que nos ocupa, lo normal es que sea retribuido, que se pague al tercero por su servicio. Además, en el depósito regulado en el Código Civil, el depositario debe restituir lo depositado cuando el depositante lo reclame pero, en nuestro caso esto no es así, ya que deben darse unas condiciones determinadas para que el depositario devuelva el código fuente.

Es imprescindible que a la hora de realizar el depósito se describa concretamente la versión del código que se deja en depósito, y se declare que funciona correctamente realizando una comprobación previa. Es frecuente pactar la realización de actualizaciones periódicas del código, bien porque aparezcan mejoras o porque se dé una versión nueva.

6.8. *El contrato llave en mano (turn key package)*

Es aquel acuerdo por el cual una empresa de tecnología presta todos los servicios para la satisfacción de todas las necesidades informáticas de una empresa-cliente.

Se celebran porque la empresa-cliente no tiene capacidad suficiente para poner en marcha ella misma todo el entramado informático que necesita, y, por ello, precisa que otra empresa lo haga. En lugar de celebrar numerosos contratos diferentes para cada cuestión; comprar equipos y software, desarrollar, obtener licencias, llevar a cabo el mantenimiento..., se celebra un único contrato con todas estas prestaciones. Se da un solo vínculo contractual entre la empresa de tecnología y la cliente, pero es frecuente que la empresa tecnológica subcontrate algunas de las prestaciones. En estas situaciones, la empresa tecnológica es la responsable frente a la cliente, aunque haya contratado con un tercero para que sea éste quien preste el servicio. Con este tipo de contrato lo que pretende la empresa-cliente es que

la tecnológica consiga un resultado, que el conjunto del sistema sea perfectamente operativo en una fecha determinada. Esta obligación hace considerar este contrato como un contrato de arrendamiento de obra, a pesar de que la diversidad de prestaciones que engloba haga necesario acudir a regulaciones diversas en función de cada una de esas prestaciones.

Son muchas las prestaciones que se incluyen en un contrato llave en mano, y es preciso que se detallan en el propio contrato de una manera minuciosa. Pueden ser prestaciones de estudio; estudios previos, análisis críticos de lo existente, definición de funciones..., prestaciones de ejecución tanto del hardware como del software y la puesta a punto del sistema, y prestaciones complementarias; seguimiento del personal, organización de los puestos de trabajo... Todas estas prestaciones deben estar perfectamente detalladas en el contrato.

6.9. El contrato de seguro informático

La prestación de servicios informáticos y la comercialización de bienes de esta naturaleza, supone la puesta en marcha de una complicada red de relaciones que crean un riesgo que, por sus importantes consecuencias, debe tenerse perfectamente controlado.

Esto lleva a la necesidad de celebrar un contrato de seguro que cubra la responsabilidad que se pueda generar con la actividad informática.

En materia informática se ve necesario establecer amplias coberturas adecuando su alcance a la posición de quien presta el servicio y a su preparación técnica, entre otras cosas.

El contrato de seguro informático no es muy diferente al contrato de seguro ordinario, pero como lo que se asegura es un tanto delicado, se pueden destacar algunos aspectos concretos. Por ejemplo, las consecuencias financieras de un siniestro informático habrá que apreciarlas atendiendo a si se trata de un daño a un equipo, si hay una pérdida en la fiabilidad de los tratamientos o si se han producido daños a terceros.

Las modalidades de seguros que más se conciertan en materia informática son: de incendio, de robo, de transporte terrestre, de responsabilidad civil...

6.10. Los contratos relativos a Internet

Este tipo de contratos tienen un objeto peculiar y son de carácter eminentemente técnico. Si bien es cierto que las normas legales establecidas

en el Código Civil relativas a la contratación ordinaria pueden ser aplicadas, dicha aplicación debe ser restrictiva.

La vía habitual de celebración de este tipo de contratos es el establecimiento de un clausulado elaborado previamente que regule detalladamente el objeto contractual y los derechos y obligaciones de cada parte. Es frecuente que se opere por medio de acuerdos basados en condiciones generales de contratación.

6.10.1. *Contrato de acceso a Internet*

Es aquel en virtud del cual una parte, el proveedor de acceso a Internet, facilita a la otra, el cliente, la conexión a la Red. El proveedor otorga al cliente, normalmente a cambio de un precio, el acceso a la Red, y pone al cliente en disposición de utilizar los servicios y aplicaciones que le ofrece la Red: correo electrónico, charla interactiva, transferencia de ficheros, consulta a páginas web.... Actualmente, es muy común que el acceso básico sea gratuito.

Es un contrato atípico que se regirá por lo pactado entre las partes. En lo no acordado por ellas, se aplicará, como régimen supletorio, la regulación del contrato de servicios. Entre las cláusulas básicas del contrato se pueden encontrar las concernientes a la obligación del pago del precio, cuál va a ser el alcance del acceso, la concesión de licencias para poder usar los programas facilitados por el propio proveedor, los compromisos del proveedor sobre la fiabilidad del acceso, las características del acceso (velocidad...) y la responsabilidad en el caso de que se pierda la información almacenada o transmitida.

Suele incluirse también la posibilidad de que el proveedor rescinda el contrato sin indemnización, en el caso de que el cliente difunda a través de la Red información contraria a la moral o al orden público.

6.10.2. *Contratos de alojamiento de sitios web (web site hosting)*

Son los contratos celebrados entre un prestador de servicios de Internet y un cliente, por el cual el primero debe proporcionar al cliente espacio en el servidor en el que almacenar información. El contenido del contrato lo establecen las partes, pero hay una serie de aspectos que es habitual que se incluyan, como el detalle de los servicios que presta el proveedor, el precio a pagar por el cliente, cláusulas de control periódico y de revisión por parte del proveedor. Suele incluirse una cláusula por la que a la finalización del

contrato, el proveedor facilite al cliente toda la información técnica del funcionamiento del sitio web, para que en caso de transición del sitio, esa transición se haga de la manera más efectiva. El proveedor suele imponer la obligación al cliente de que controle la información contenida en el sitio web.

6.10.3. *Contratos de publicidad*

Normalmente, se trata de contratos de publicidad pagados, en un medio específico. Son similares a los de publicidad en televisión. El anunciante contrata con el titular de un sitio web, que en una o varias de sus páginas se muestre su logotipo, marca... a cambio de un precio en dinero o de la prestación de servicios o bienes. Es frecuente que se establezca un hiperenlace al sitio del anunciante y en ocasiones, se trata de contratos mutuos de intercambio de publicidad. Se suelen incluir en el contrato las siguientes menciones: el tamaño, forma y ubicación del anuncio en el sitio web; el carácter exclusivo o no del anunciante; el régimen del enlace con el sitio web del anunciante, si lo hay; los límites de la posibilidad de utilizar la marca u otro signo del anunciante; y la comunicación al anunciante del volumen de visitas al sitio web.

Bibliografía citada

- CARRASCOSA LÓPEZ, V.: *La contratación informática: el nuevo horizonte contractual*. Granada, Editorial Comares, 1997.
- DAVARA RODRIGUEZ, M.A.: *Manual de Derecho Informático*. Pamplona, Editorial Aranzadi, 1997.
- HERNANDO COLLAZOS, I.: *Contratos informáticos: derecho informático: legislación y práctica*. San Sebastián, Librería Carmelo, 1990.