

Los contratos informáticos

Denominamos "contratos informáticos" a todo convenio entre partes que tienen por **objeto** la prestación de bienes y/o servicios informáticos o que estén vinculados a la información automatizada.

Se entiende por "**bien informático**" a todos aquellos elementos que conforman el "sistema". Estos elementos son el "*soporte físico*" (el hardware, la unidad central de proceso, sus periféricos y todos los equipos que tengan una relación directa de uso con respecto a ellos) y el "*soporte lógico*" (bienes inmateriales que proporcionan órdenes, datos, procedimientos e instrucciones en el tratamiento automático de la información).

Por su parte, los "**servicios informáticos**" son todos aquellos servicios que sirven de apoyo y complemento a la actividad informática (capacitación de personal, consultoría o auditoría informática, etc.).

Diferenciación con los Contratos Telemáticos. Los "contratos informáticos" se diferencian conceptualmente de los denominados "**contratos telemáticos**" que son aquellos que se realizan exclusivamente por medios informáticos o electrónicos y se envían por intermedio de las telecomunicaciones. Se denominan "telemáticos" puesto que la "telemática" es la disciplina científica y tecnológica que surge de la fusión de la telecomunicación y de la informática. Recordemos que la palabra "tele" significa "a distancia" (teléfono, televisión, telemarketing, etc.).

Los "contratos telemáticos" entonces son cualquier clase de contratos que, con independencia de cuál sea el objeto a contratar, se realizan a través o con ayuda de medios electrónicos (que no tienen por qué tratarse siempre de computadoras).

Lo que cambia es la forma o el medio de realizarlos, sin importar cual sea el objeto de la contratación (Ej. un contrato cuyo objeto sea la compraventa y que sea realizado a través de medios telemáticos). Aquí las partes expresan su consentimiento en forma digital y los mismos serán válidos salvo que una ley exija una forma o solemnidad determinada, en cuyo caso el contrato no podrá celebrarse por "medios informáticos" pues se correrá el riesgo de que sea nulo, o de no poder probarlo (Ej. El Testamento requiere una solemnidad en particular que excluye a los medios digitales, lo mismo que aquellos contratos que requieren de una escritura pública).

Clasificación de los Contratos Informáticos.

Para poder estudiar correctamente a los "contratos informáticos" vamos a clasificarlos en dos grandes grupos:

- a) **Grandes Contratos Informáticos a medida.** En esta categoría nos referiremos a las características de un nuevo tipo de contrato, distinto a los conocidos en el derecho tradicional, con particularidades, regulaciones y obligaciones que le son propias y exclusivas. Estos contratos requieren de un meticuloso y prolijo análisis previo que demanda grandes cantidades de tiempo y de recursos humanos y económicos antes de lograr la rúbrica final.
- b) **Contratos Informáticos en particular.** Se trata de contratos informáticos especiales (pueden ser pequeños, medianos o grandes) caracterizados por la posibilidad de contratarse en forma separada o también conjunta, bienes informáticos (hardware o software) o la prestación de algún servicio informático. Dependiendo de su complejidad, muchos de ellos tendrán varias de las características mencionadas de la Teoría General del Contrato Informático.

A) Grandes Contratos Informáticos a Medida.

Es muy probable que cualquier persona que conozca los aspectos generales del Derecho y que se acerque por primera vez a la temática del contrato informático, se vea tentada en sostener que estamos frente a cualquiera de las modalidades contractuales conocidas como ser un contrato de compraventa, de locación de obra, de licencia de uso, de leasing, de locación de servicios, etc.

Pero esta afirmación es incorrecta pues, como veremos, los “contratos informáticos” constituyen un nuevo tipo de contrato con características muy particulares que lo diferencian de todos los demás conocidos. Del mismo surgen grandes particularidades:

- **La enorme desigualdad existente entre el proveedor y el usuario de bienes y servicios informáticos respecto al conocimiento de la tecnología.** El proveedor es un especialista en la materia, conoce lo que está vendiendo y ofreciendo, conoce las virtudes de sus productos pero también sus defectos y limitaciones, conoce el estado del arte y el nivel de obsolescencia de lo que se ofrece en el mercado. Por otro lado tenemos al usuario que generalmente es un neófito en la materia o sus conocimientos tienen una lógica limitación y solo sabe que necesita incorporar instrumental informático a su organización a efectos de optimizar y/o modernizar su funcionamiento.
- **La alta complejidad del objeto a contratar.** Lo que hace dificultoso poder describir o redactar adecuadamente y en términos entendibles, las pretensiones de lo que se quiere contratar (el objeto) en el texto final. En estos casos debe actuar un abogado especializado en la redacción de contratos de esta complejidad con la habilidad de poder prevenir eventuales conflictos futuros y defender equitativamente los derechos de las partes.
- **Las condiciones abusivas impuestas por las grandes empresas informáticas.** El mercado internacional de tecnologías informáticas para los grandes clientes se caracteriza por su alto nivel de concentración (casi monopólico) de las grandes empresas de software que controlan casi la totalidad del mercado informático mundial. América Latina participa con un ínfimo porcentaje en el mismo. Esto genera un ahondamiento y una disparidad de la brecha tecnológica entre los países ricos y los países en vías de desarrollo. De esta forma estas grandes empresas se permiten imponer determinadas condiciones arbitrarias y abusivas en los contratos informáticos a las que nuestro derecho debe darle respuestas adecuadas para lograr equiparar a las partes.

Teoría General del Contrato Informático. La "Teoría General del Contrato Informático" se refiere al esquema o a la "parte general" de los aspectos comunes que poseen los grandes contratos informáticos a medida donde, luego de considerables esfuerzos y tiempo de negociación, el objeto final a contratar son tanto bienes como servicios informáticos. En conclusión, antes de encarar la negociación de un contrato informático se deberá tener pleno conocimiento de:

1. El concepto de “Sistema”
2. El moderno concepto de “entrega” del sistema
3. El Test de Aceptación
4. Las “Obligaciones Específicas” de la contratación informática y
5. La Etapa Precontractual y su Documentación.

1. El concepto de “Sistema”. Se podría decir que un “sistema” es un conjunto ordenado de elementos individuales cuyas propiedades se interrelacionan e interactúan de forma armónica entre sí. Dicho en otras palabras, es un conjunto de individualidades interrelacionadas entre sí, en donde cada individualidad forma parte del todo y, por lo tanto, si llegase a faltar o fallar alguna de esas individualidades, se resiente o afecta el todo.

El "sistema" es la piedra angular de toda la Teoría General del Contrato Informático. Siempre que contratamos bienes y servicios informáticos, estamos frente a la contratación de un "sistema". Como ya veremos, esto tiene vinculación con la "garantía de compatibilidad" y la "garantía de modularidad" de los distintos componentes del sistema.

Al contratarse un "sistema", ningún elemento se contrata como elemento separado, sino que necesariamente se contrata para que funcione en el marco de un sistema determinado.

Entonces, cuando hablamos de contratar un "sistema" informático, nos referimos en su conjunto a:

- **Bienes informáticos:** Soporte físico (hardware) y soporte lógico del sistema (software).
- **Servicios informáticos:** Asistencia técnica, capacitación o formación técnica del personal del usuario, mantenimiento del sistema, actualizaciones, documentación respaldatoria, etc.

2. El moderno concepto de "entrega" del sistema. En la mayoría de los contratos, luego de abonar por algo que adquirimos, la simple entrega (o "tradición") de la cosa contratada hace concluir ("perfecciona") el contrato pasando la titularidad del dominio del vendedor al comprador. Ej. al comprar una revista, automáticamente paso a ser el dueño de la misma (se concluye el contrato) cuando pago el precio y me hacen la entrega física de la cosa.

En la contratación informática este principio es muy diferente en la contratación informática debido a que al adquirente de un sistema informático no le alcanza con que le hagan la "entrega física" de un conjunto de cajas conteniendo los diferentes elementos que componen el sistema, sino que tienen que producirse indefectiblemente una serie de hechos posteriores.

En primer lugar, al momento de recepcionarse físicamente el sistema, el usuario suscribe lo que se denomina el "Acta de Recepción Provisoria" del Sistema. Acto seguido va a necesitar instalar ese sistema en su servidor y/o en sus máquinas para finalmente realizar un tercer y anteúltimo paso que es la puesta en marcha del mismo, esto es, iniciarlo o ponerlo en funcionamiento por primera vez.

Una vez que el sistema fue entregado "provisoriamente", instalado y puesto en marcha, comienza inmediatamente la última instancia de la "entrega" denominada "Test de Aceptación", es decir, un periodo de prueba de 30, 60 o 90 días en donde el sistema se testea exhaustivamente a fin de analizar si el mismo opera normalmente y si responde a las necesidades para las cuales fue desarrollado.

3. El Test de Aceptación. Como vimos en el punto B., al recepcionarse físicamente el sistema se suscribe lo que se denomina el "Acta de Recepción Provisoria" del Sistema y se establece el momento de inicio del período del Test de Aceptación.

En el contrato se deberán necesariamente definir cuáles son los aspectos, los niveles y los ítems o componentes del sistema que van a ser evaluados durante el Test de Aceptación. Es decir, no es una evaluación global ni subjetiva del adquirente de ese sistema, sino que en el mismo contrato se deben definir:

- Los ítems a evaluarse durante el período del Test de Aceptación.
- Los valores estimados que respondan en cada ítem a los estándares propuestos en la oferta y requeridos en la demanda de contratación.
- Cómo se va a medir el cumplimiento de esos estándares y quiénes van a ser los encargados de hacerlo.

Esto significa que en el contrato se deberán elaborar grillas (generalmente en una escala de 1 a 10) en las que tendrán que figurar los ítems que van a ser evaluados y en donde se establezca la escala de meritación de cada uno de esos ítems y la forma en definitiva de calificación, para así poder evaluar si el sistema responde adecuadamente a los parámetros o estándares establecidos. Esto va a

permitir ir evaluando ítem por ítem, respondiendo objetivamente a los valores especificados en la planilla o en la grilla de evaluación y así evitar problemas de interpretación.

También se puede establecer de común acuerdo la estructuración de una "Comisión Mixta de Evaluación" que funciona conjuntamente durante el período del Test de Aceptación. La misma sirve para que el criterio de evaluación del Test de Aceptación y la facultad de aprobar si su cumplimiento fue efectivo o no, no recaigan en una sola de las partes.

Una vez concluido todo el proceso de testeo, y en la medida en que el sistema haya respondido adecuadamente a los estándares propuestos en la oferta y descriptos en el "cuadro de necesidades" que haya elaborado el usuario, se suscribe el "Acta de Recepción Definitiva del Sistema". Recién aquí el sistema pasa al dominio del usuario por lo que recién en esta instancia estaremos en condiciones de afirmar que el mismo fue efectiva y jurídicamente "entregado".

4. Obligaciones específicas de la contratación informática. Todos los contratos son fuentes de obligaciones. La razón de ser de un contrato es justamente la creación de un vínculo de derechos y obligaciones entre dos o más partes sometidas al mismo. También existen las "obligaciones extracontractuales" que son aquellas que no tienen origen en un contrato, sino que, por ejemplo, se originan o son generadas por una ley que es una fuente inmediata de obligaciones.

Pero independientemente de ello, en las contrataciones informáticas existen además "obligaciones específicas" que difícilmente sean obligatorias en otro tipo de contratos.

A modo de ejemplo, las "obligaciones específicas" más relevantes en la contratación informática son:

- **Obligación de Consejo o Asesoramiento (del proveedor al usuario):** Inicialmente, el usuario deberá proporcionarle al proveedor un informe detallado (denominado "Cuadro de Necesidades") sobre las características de la empresa u organización y sobre las razones esgrimidas para modernizarla con nuevo instrumental informático. Seguidamente, el proveedor deberá realizar un meticuloso análisis de dicha información y tendrá la obligación de aconsejar de la mejor manera al usuario sobre cuáles pueden ser las respuestas informáticas más adecuadas y beneficiosas para su organización, e inclusive aconsejarlo si es realmente necesario tomar la decisión de informatizar. Ésta obligación está fundada en el desequilibrio de conocimientos tecnológicos que existen entre ambas partes que mencionamos al comienzo. No alcanza con que el proveedor elabore una simple respuesta a los requerimientos del usuario, sino que deberá evaluar esos requerimientos y aconsejar al usuario sobre la solución tecnológica más adecuada a sus necesidades.
- **Obligación de Advertencia (del proveedor al usuario):** Nuestro derecho considera a la informática y a los bienes informáticos como "cosas peligrosas", debiendo quien los provee advertirle al usuario acerca de todas las consecuencias negativas que generará el uso o implementación del moderno instrumental informático. Ubicada en cabeza del proveedor de bienes y servicios informáticos, pone a su cargo la obligación de advertir al usuario los fuertes cambios culturales y los riesgos que la incorporación de la solución informática propuesta implicaría para el proyecto, para la organización, para los empleados y para el propio usuario. Esto es así puesto que todo proceso de informatización importa un importante trauma en la organización que suele reflejarse en el periodo en que el viejo y el nuevo sistema tienen que funcionar en forma paralela generando malestares, capacitación adicional, horas extras, eventual liberación de personal, eventuales riesgos desde el punto de vista tributario, etc., incluso advertir sobre los cambios técnicos y/o organizativos que se deberán implementar en la organización cuando el nuevo sistema esté definitivamente en funcionamiento. Ejemplo: Cada Laboratorio debe necesariamente cumplir con la "obligación de advertencia" al incluir en las cajas de sus

productos farmacéuticos y medicamentos las contraindicaciones y advertencias que ocasiona ingerir dichos productos o drogas.

- **Obligación de Colaboración (de ambos):** Si bien en todos los contratos bilaterales, las partes necesariamente tienen que colaborar para que puedan cumplir adecuadamente las distintas obligaciones, ésta obligación también asume características particulares en la contratación informática ya que la no colaboración de alguna de ellas haría en muchas circunstancias imposible para la otra el cumplimiento de su obligación. Ambas partes deben estar a total disposición para garantizar que la otra pueda dar cumplimiento a las obligaciones asumidas contractualmente.

5. La Etapa Precontractual. Es aquella que se inicia desde el momento en que el usuario identifica la necesidad de adquirir bienes y servicios informáticos en su empresa u organización hasta la adjudicación del contrato a un proveedor determinado.

Es un muy largo y complejo período de tiempo que puede durar muchos meses y que comprende desde el primer contacto entre el usuario con el proveedor hasta la firma final del contrato de bienes y servicios informáticos.

Durante la misma se llevan a cabo toda clase de tratativas, se definen las necesidades del usuario y comienzan a ser exigibles las obligaciones específicas mencionadas.

Es un momento de particular importancia pues sirve para documentar cómo se construyó paulatinamente el acuerdo de voluntades, y para acumular elementos probatorios que acrediten estas circunstancias en caso de un conflicto posterior.

Un buen contrato informático se caracteriza particularmente por incorporar en su texto toda la documentación suscripta en la etapa precontractual para así retrotraer las obligaciones específicas de las partes también al comienzo de las negociaciones. Por otro lado, y como ya lo mencionáramos, en la etapa precontractual el proveedor deberá hacer efectiva su obligación de consejo, de colaboración y de advertencia.

Quiere decir que, antes de la suscripción del contrato final, existe un largo y continuado proceso de análisis y colaboración que debe ser adecuadamente documentado mediante documentos especiales que deberán incorporarse al contenido del instrumento general del contrato definitivo.

Suspensión intempestiva de las negociaciones. En la precontractualidad de bienes y servicios informáticos, existen tanto por parte del usuario adquirente, como del proveedor, enormes inversiones de tiempo, esfuerzo, dinero, organización, afectación de recursos humanos y aprovechamiento o no de otras oportunidades de negocios.

Por ello, si bien nuestra Constitución Nacional establece el principio de “libertad de contratación” donde cada persona puede contratar con quien desee, en estos contratos en particular ninguna parte puede suspender intempestivamente las negociaciones precontractuales avanzadas sin una causa que efectivamente la fundamente y/o justifique. Caso contrario correrá el certero riesgo de pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez de acuerdo al tiempo y recursos que se utilizaron.

Si bien en la mayoría de los contratos se libera a quien participa de negociaciones precontractuales de la obligación de suscribir efectivamente el contrato definitivo con algún proveedor, en el caso de la contratación informática debido a la alta complejidad del objeto a contratar y al tiempo, dinero y recursos invertidos, esta posibilidad se reduce considerablemente.

La Documentación en la Etapa Precontractual. Como vimos, entonces, en la Etapa Precontractual habrá que ir incorporando y ordenando prolijamente un conjunto diferenciado y complejo de

documentación que, en definitiva, permita, en el momento de plantearse un eventual conflicto futuro, poder recurrir a esa información correctamente documentada para desentrañar cuál fue la verdadera voluntad de las partes y cuál fue el contenido de los compromisos que se fueron asumiendo durante el desarrollo de las negociaciones.

Todo ello a efectos de poder evaluar y definir cuestiones vinculadas a la responsabilidad civil y específicamente al cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones de las partes.

Pero para poder realizar una correcta tarea de documentación a efectos de incorporarla de manera prolija al futuro contrato informático, es necesario definir cuáles son los documentos más relevantes que deberán necesariamente ser suscriptos entre las partes durante el proceso precontractual:

- **El "Cuadro de Necesidades"**. Es el primer documento precontractual, donde el usuario describe las características generales y particulares de su empresa u organización, justifica la toma de la decisión de incorporar el instrumental informático y además detecta el conjunto de las necesidades que, a su criterio, se resuelven con dicho instrumental informático. Este documento deberá ser entregado al proveedor para que pueda realizar un primer análisis de la situación y comenzar a aconsejar al usuario.
- **El "Acuerdo Marco" o "Carta de Intención"**. Luego que el proveedor analizó el "Cuadro de Necesidades", y se estableció un primer vínculo entre las partes para trabajar conjuntamente, suscribirán un "Acuerdo Marco" en el que expresarán su intención de participar de las negociaciones que vayan elaborando un proyecto que permita la efectivización definitiva del contrato informático a largo plazo.

El proveedor, antes de elaborar la Oferta final (que es el último documento que se suscribe), tendrá que verificar si el contenido del "Cuadro de Necesidades" elaborado por el usuario es acertado. Si no lo considera así, tendrá la obligación de aconsejar al usuario acerca de las modificaciones a introducirse tanto en la descripción de la organización, en la valoración de la oportunidad, como en la detección de lo que el usuario considera son las necesidades a resolver.

En este "Acuerdo Marco" ya se establecen una serie de compromisos y obligaciones para las partes, como son por ejemplo las "cláusulas de confidencialidad", debido a que el proveedor va a acceder a un conjunto de datos que tienen que ver con la competencia, con el mercado, con la descripción de la organización, con las perspectivas de crecimiento y desarrollo de la misma, etc., que exigen necesariamente adoptar este tipo de compromisos.

- **Las "Actas Intermedias"**. Es de sana política contractual que en cada una de las reuniones en las que se evalúa la marcha del proceso a lo largo de la etapa precontractual, se vayan suscribiendo pequeñas actas firmadas por todos los participantes de las mismas y donde se asienten todas las modificaciones que se vayan incorporando al "Cuadro de Necesidades" inicial. Es decir, una persona toma nota o acta de los asistentes a la reunión, de los temas a tratar y de todo lo conversado y decidido. Luego los presentes firman dicha acta a fin de que no quede ningún dicho, acuerdo o afirmación librado al azar o a la libre interpretación futura.
- **Las "Actas de Avance"**. En dichas actas se van estableciendo los "Cronogramas de Ejecución" de las distintas etapas del proceso hasta llegar a la firma definitiva del contrato. Estos "Cronogramas de Ejecución" son de suma importancia porque le permiten a las partes poder proyectar los trabajos en un cierto período de tiempo, y le posibilitan al usuario poder ejercer la facultad de evaluar las propuestas de otro proveedor, ya que si durante el largo período de la etapa precontractual el usuario solo trabaja con la oferta de uno solo, está perdiendo una oportunidad comparativa de recorrer el mismo camino con otros proveedores. De esta forma se previene ante la eventual ruptura intempestiva de las negociaciones contractuales por parte de un proveedor.
- **La Oferta**. Finalmente, una vez concluida toda la etapa precontractual en la que se procuró establecer y documentar con la mayor precisión y detalle posible la oferta final, las partes

deberán suscribir un último documento donde conste la oferta formal por parte del proveedor y la aceptación de la oferta por parte del usuario. Aquí es donde se suscribe el contrato de bienes y servicios informáticos.

La Responsabilidad Civil en la Etapa Precontractual. Cabe recordar que la "responsabilidad civil" consiste en la obligación que recae sobre una persona "responsable" de reparar el daño "civil" que ha causado a otra persona, normalmente mediante el pago de una indemnización por daños y perjuicios. Se diferencia de la "responsabilidad penal" en que ésta consiste en una pena de prisión que busca castigar al "responsable" de un delito "penal" (estafa, robo, homicidio, etc.). Para evaluar si alguna de las partes es "civilmente responsable" durante la Etapa Precontractual, habrá que analizar previamente:

- Si la Etapa Precontractual se desarrolló adecuadamente y si se documentaron todas sus etapas.
- Si el usuario, en el "cuadro de necesidades" que le entregó al proveedor, describió adecuadamente su organización, si evaluó la conveniencia de incorporar instrumental informático nuevo y si analizó cómo dicho instrumental informático podía optimizar el funcionamiento de la organización según su criterio.
- Si el proveedor efectivamente dio cumplimiento a las obligaciones de consejo, colaboración y advertencia.

B) Contratos Informáticos en Particular.

En esta categoría incluiremos a aquellos contratos informáticos cuyo objeto puede ser tanto un bien informático (hardware o software) o la prestación de algún servicio informático en particular.

Éstos son generalmente contratos pequeños y medianos, aunque en algunos casos existe la posibilidad de que se trate de contratos de mayor envergadura (ej. desarrollo de software a medida) en donde incluso, dependiendo de su complejidad, se deberán tener en cuenta varias de los aspectos mencionados en la Teoría General del Contrato Informático, sobre todo lo relacionado con la etapa precontractual, la entrega, el Test de Aceptación y las obligaciones específicas.

Los "Contratos de Adhesión" y los "Contratos Informáticos". En esta categoría de contratos es muy frecuente encontrarnos frente a los ya mencionados "contratos de adhesión".

Como vimos, un "contrato de adhesión" es un tipo de contrato cuyas cláusulas son redactadas e impuestas por una sola de las partes (el proveedor), con lo cual la otra (el usuario) no puede negociarlas y se limita tan sólo a aceptar (adherir) o rechazar el contrato en su integridad.

Ejemplos claros de contratos de adhesión, además de algunos contratos informáticos menores que ofrezcan bienes o servicios limitados y/o determinados y la gran mayoría de los telemáticos (Ej. contratación de una casilla de correo electrónico), son los contratos de suministro de servicios públicos (electricidad, agua corriente, gas, telefonía, etc.), servicios privados (Internet, telefonía celular, etc.) o la mayoría de los contratos de seguro y contratos bancarios.

En estos casos, la empresa que vende el bien o presta el servicio ofrece el mismo a través de un contrato innegociable, y el consumidor debe elegir entre aceptar el bien con todas sus cláusulas o no hacerlo. Esto ha planteado muchos problemas jurídicos, que en general se han ido encarrilando a través de distintas soluciones:

- En general se admite que el contrato de adhesión es válido y necesario. Cualquier otra opción provocaría la paralización del mercado. Sin embargo, se tiene en cuenta la especial debilidad del consumidor, a quien se lo protege por otras vías (legal, jurisprudencial, etc.).

- Las vías a través de las cuales se protege al consumidor son mediante la prohibición de las cláusulas abusivas, que son nulas de pleno Derecho, y a través de la vigilancia por las instituciones públicas de la actuación de las empresas.

Clasificación. A continuación se detalla una clasificación propuesta de los contratos informáticos especiales a los efectos de poder ubicarlos de acuerdo al objeto de la contratación.

La misma se basa en categorizar a los contratos en aquellos cuyo objeto son, por un lado, bienes informáticos y, por otro, servicios informáticos.

A) CONTRATOS CUYO OBJETO SON LOS BIENES INFORMÁTICOS.

Contratos cuyo objeto es el software:

- Contrato de compraventa de software enlatado o comercializado.
- Contrato de desarrollo de software a medida.
- Contrato de licencia de uso de software.
- Contrato de licencia de uso de código de fuente.
- Contrato de mantenimiento de software.
- Contrato de implementación de una infraestructura de Firma Digital.
- Contrato de implementación y mantenimiento de Intranet.
- Contrato de llave en mano.
- Contrato de Escrow (depósito de código fuente).

Contratos cuyo objeto es el hardware:

- Contrato de compraventa de hardware.
- Contrato de locación o arrendamiento de hardware.
- Contrato de leasing de hardware.
- Contrato de mantenimiento de hardware.

B) CONTRATOS CUYO OBJETO SON LOS SERVICIOS INFORMÁTICOS.

- Contrato de procesamiento de datos.
- Contrato de outsourcing de bienes y servicios informáticos.
- Contrato de mantenimiento.
- Contrato de ayuda on line.
- Contrato de formación y capacitación de usuarios.
- Contrato de hosting y/o housing.
- Contrato de acceso a Internet.
- Contrato de diseño de páginas web.
- Contrato de publicidad en Internet.
- Contrato de consultoría.
- Contrato de implantación de plan de seguridad.
- Contrato de auditoría de seguridad informática.
- Contrato de auditoría de calidad informática.
- Contrato de transferencia de tecnología o know-how.
- Contrato de instalación y actualización periódica de antivirus.
- Contrato de certificación de transacciones electrónicas.
- Contrato de gestión de redes.
- Contrato de teletrabajo.

CONTRATOS CUYO OBJETO SON LOS BIENES INFORMATICOS.

Contrato de Compraventa de Hardware

Siempre que contratamos por separado uno de los ámbitos específicos de un sistema, en este caso el hardware, pensamos en la necesidad de que funcione en el marco de un sistema determinado, ya que no estamos comprando simplemente "fierros" sino elementos específicos que tienen que operar en el marco de la planificación de ese sistema. El hardware tiene que responder a los estándares de funcionamiento y eficiencia del sistema.

Aquí será necesaria la obligación de consejo, de advertencia y de colaboración. Además se van a incorporar dos garantías específicas: la garantía de compatibilidad y la de modularidad.

El hardware debe ser necesariamente compatible con el resto del sistema y el proveedor tiene la obligación (relacionado con la obligación de consejo) de no sobre vender ni vender menos de lo que en realidad necesita el usuario, debiendo tener en cuenta cuál es el proyecto de desarrollo de su organización, para evitar la rápida obsolescencia del hardware que se está incorporando.

Contrato de Locación de Hardware

Se trata de la locación de hardware por un tiempo determinado y a cambio de un canon (precio) abonado por el usuario. En este contrato hay que retomar algunos conceptos anteriores:

1. El concepto de sistema: El objeto del contrato es la entrega de la cosa y la obligación de garantía del locador del uso continuado y pacífico de la cosa durante el tiempo de vigencia del contrato. Se alquila el hardware a efectos de la utilización en el ámbito de un sistema informático determinado, y por ello se aplican la "garantía de compatibilidad" y la de "modularidad", temas que debemos tener presentes en la negociación y en la redacción de los contratos.

2. La etapa precontractual: Es necesaria la descripción del sistema en el cual va a funcionar el hardware por parte del usuario en el "cuadro de necesidades". El proveedor va a tener las obligaciones de consejo y de advertencia.

3. El moderno concepto de entrega: Determina el momento de inicio del plazo contractual establecido para este contrato y hacen nacer para el proveedor la "obligación de mantenimiento" y para el usuario la "obligación del pago" del canon.

4. El test de aceptación: Deberá efectivizarse en los contratos de locación ese período de 30 o 60 días durante el cual el hardware operará en el marco del sistema de acuerdo a los estándares ofrecidos por el locador en el momento de responder al requerimiento del usuario.

Relación con el contrato de mantenimiento. El contrato de mantenimiento es una "obligación de resultado" que se considera incorporada a las obligaciones del locador en el contrato de locación de hardware. Esto implica que en el contrato habrá que especificar las características que deberán tener tanto el mantenimiento preventivo como el mantenimiento de urgencia.

Contrato de Software

El soporte lógico (software) permite que la computadora responda a las distintas necesidades operativas de las tareas que se están planteando. El software, por su naturaleza, tiene características especiales, instrumentales e intangibles. Es uno de los elementos esenciales del sistema, junto con el hardware y los periféricos, para que así pueda funcionar la "garantía de compatibilidad" y la "garantía de modularidad".

Es importante diferenciar entre dos grandes tipos de programas de computación:

- Sistema operativo: Permite la operación del sistema. Está orientado a que la computadora pueda funcionar y dar respuesta a los requerimientos que cada programa aplicativo incorpora.
- Sistema aplicativo: Es el que resuelve algunas tareas específicas (ej. procesadores de texto como el Word, planillas de cálculo como el Excel, desarrollos específicos a medida, etc.).

De acuerdo a los distintos niveles de contratación del software, existen tres grandes ámbitos:

1. Comercialización de software costumizado: Es el software incorporado al mercado masivo, como un producto más en comercios de informática. Esto hace que no exista una relación directa entre el proveedor y el usuario, ya que el dueño del comercio (un tercero) es el que trata con el usuario. Es por ello que suelen existir problemas en el asesoramiento y en la negociación. Pasa lo mismo con la compra de una PC en un comercio, lo que impide que jueguen los elementos de la teoría general del contrato informático (el test de aceptación, el moderno concepto de entrega, etc.).

2. Contrato de desarrollo de software a medida: El proveedor se obliga a desarrollar un software determinado a la medida de las necesidades del cliente. Es muy difícil desarrollarlo si no hay cumplimiento efectivo de la obligación de colaboración entre las partes, de la obligación de consejo por parte del proveedor del software y de la obligación de advertencia. En la negociación y en la redacción de estos contratos, deben tenerse en cuenta la incorporación del moderno concepto de entrega, el test de aceptación, las obligaciones específicas y los derechos intelectuales y de propiedad.

La propiedad intelectual del software desarrollado a medida (como protección jurídica de los derechos de autor) va a depender de lo que decidan las partes a la hora de contratar y también de la actividad específica para el que fue desarrollado, pudiendo ser tanto del adquirente, del programador o mixto. De todos modos, generalmente es el adquirente el que exige en el contrato que el software esté a su nombre.

3. Contratos de licencia de uso de software: El software licenciado no se desarrolla a medida del usuario, sino que en realidad tiene las características del software enlatado pero de mayor complejidad.

Su comercialización masiva permite la baja razonable de su costo y de su desarrollo y, por ende, de su precio. El usuario tendrá la licencia exclusiva de uso y goce del software pero con ciertas limitaciones a un número determinado de puestos de trabajo o por un tiempo determinado.

La Ley de Propiedad Intelectual Nº 11.723 establece dos niveles de responsabilidad para quien viole los derechos de propiedad intelectual sobre el software:

1. la responsabilidad patrimonial para la organización, con fundamento en los eventuales daños producidos al productor de un programa de computación, y
2. la responsabilidad penal (el art. 72 agrega el art. 171 al Código Penal) para el gestor de esa organización que ha violado en su funcionamiento los principios establecidos en la norma.

Una solución para minimizar el riesgo legal es implementar una Auditoría Legal de Sistemas, que realizará una auditoría técnica y legal para obtener información sobre el software existente en la organización, analizará la documentación contractual y realizará un dictamen que indique los medios de acción para ir reduciendo el riesgo. Luego se realizan Auditorías Periódicas Sectoriales (quincenales o en el período que se acuerde) en un sector específico de la organización (por ej. cuatro máquinas del sector depósito, tres máquinas del sector contaduría, etc.) que permite actuar como buenos hombres de negocios, cambiar la cultura de las organizaciones e ir estructurando una documentación adecuada para minimizar el riesgo.

Código fuente. Es el corazón de un programa de computación y es la única forma que existe de acceder al contenido del desarrollo de un software.

La contratación del software tiene una problemática especial en función de la complejidad del software, que es una obra intelectual de características especiales que requiere, para su mantenimiento, el acceso al código fuente. El mismo tiene determinadas características especiales que hacen que, desde el derecho, se requieran respuestas adecuadas en el ámbito contractual a efectos de restablecer el equilibrio entre las partes contratantes.

El código fuente está directamente vinculado a:

1. la propiedad: El propietario de un software tiene derecho a acceder, actualizar y modificar el código fuente de acuerdo a sus necesidades.

2. el mantenimiento: El usuario de un software tiene que tener, durante la vigencia del contrato, la garantía de poder mantenerlo, actualizarlo y modificarlo.

Es por ello que en los textos contractuales es aconsejable especificar la transferencia del código fuente en caso de transferirse la propiedad del software, y garantizar el mantenimiento, en caso de no transferirse la propiedad.

Contrato de Licencia de Uso de Software

Una licencia de software es un contrato entre el licenciante (autor/titular de los derechos de explotación/distribuidor) y el licenciario del programa informático (usuario consumidor /usuario profesional o empresa), para utilizar el software cumpliendo una serie de términos y condiciones establecidas dentro de sus cláusulas.

Las licencias de software pueden establecer entre otras cosas: la cesión de determinados derechos del propietario al usuario final sobre una o varias copias del programa informático, los límites en la responsabilidad por fallos, el plazo de cesión de los derechos, el ámbito geográfico de validez del contrato e incluso pueden establecer determinados compromisos del usuario final hacia el propietario, tales como la no cesión del programa a terceros o la no reinstalación del programa en equipos distintos al que se instaló originalmente.

Las partes de una licencia de software son:

1. Licenciante: Es aquel que provee el software más la licencia al licenciario, la cual, le permitirá a este último tener ciertos derechos sobre el software. Debe poseer una "Garantía de titularidad" por la cual asegura que cuenta con suficientes derechos de explotación sobre el software como para permitirle proveer una licencia al licenciario. El rol de licenciante lo puede ejercer cualquiera de los siguientes actores:

- **Autor:** El desarrollador o conjunto de desarrolladores que crea el software, son quienes en una primera instancia poseen el rol de licenciante, al ser los titulares originales del software.
- **Titular de los derechos de explotación:** Es la persona natural o jurídica que recibe una cesión de los derechos de explotación de forma exclusiva del software desde un tercero, transformándolo en titular derivado y licenciante del software.
- **Distribuidor:** Es la persona jurídica a la cual se le otorga el derecho de distribución y la posibilidad de generar licencias del software mediante la firma de un contrato de distribución con el titular de los derechos de explotación.

2. Licenciario: Es aquel al que se le permite ejercer el derecho de uso más algún otro derecho de explotación sobre un determinado software cumpliendo las condiciones establecidas por la licencia otorgada por el licenciante.

- **Usuario consumidor:** Persona que recibe una licencia de software otorgada por el licenciante la cual se encuentra en una posición desventajosa ante los términos y condiciones establecidas en ella.

- **Usuario profesional o empresa:** Persona que recibe una licencia de software otorgada por el licenciante, la cual, se encuentra en igualdad de condiciones ante el licenciante para ejercer sus derechos y deberes ante los términos y condiciones establecidos en la licencia.

Los elementos objetivos de una licencia de software son:

- **Plazo:** Determina la duración en el tiempo durante la cual se mantienen vigentes los términos y condiciones establecidos en licencia. Las licencias en base a sus plazos pueden ser con plazo específico, de plazo indefinido o sin especificación de plazo.
- **Precio:** Determina el valor el cual debe ser pagado por el licenciatario al licenciante por el concepto de la cesión de derechos establecidos en la licencia.

Las licencias de software se pueden clasificar en:

1. Según los derechos que cada autor se reserva sobre su obra:

- **Licencia de software libre permisiva:** Se puede crear una obra derivada sin que ésta tenga obligación de protección alguna.
- **Licencia de software libre robustas:** Estas licencias aplican algunas restricciones a las obras derivadas, haciendo que según el grado de aplicación se puedan dividir a su vez en dos subcategorías:
 - **Licencias de software libre robustas fuertes:** Las licencias de software libre robustas fuertes o con copyleft fuerte, contienen una cláusula que obliga a que las obras derivadas o modificaciones que se realicen al software original se deban licenciar bajo los mismos términos y condiciones de la licencia original.
 - **Licencias de software libre robustas débiles:** Las licencias de software libre robustas débiles, con copyleft débil/suave o híbridas, contienen una cláusula que obliga a que las modificaciones que se realicen al software original se deban licenciar bajo los mismos términos y condiciones de la licencia original, pero que las obras derivadas que se puedan realizar de él puedan ser licenciadas bajo otros términos y condiciones distintas.
- **Licencia de software no libre:** Estas licencias también se conocen con el nombre de software privativo. En ellas los propietarios establecen los derechos de uso, distribución, redistribución, copia, modificación, cesión y en general cualquier otra consideración que se estime necesaria. Este tipo de licencias, por lo general, no permiten que el software sea modificado, desensamblado, copiado o distribuido de formas no especificadas en la propia licencia (piratería de software), regula el número de copias que pueden ser instaladas e incluso los fines concretos para los cuales puede ser utilizado. La mayoría de estas licencias limitan fuertemente la responsabilidad derivada de fallos en el programa. Los fabricantes de programas sometidos a este tipo de licencias por lo general ofrecen servicios de soporte técnico y actualizaciones durante el tiempo de vida del producto.
- **Software de dominio público (sin licencia):** Se permite uso, copia, modificación o redistribución con o sin fines de lucro.

2. Según su destinatario

- **Licencia de Usuario Final:** Es una licencia por la cual el uso de un producto sólo está permitido para un único usuario (el comprador). En este tipo de contrato, el dueño de los derechos de un producto insta al usuario final de éste a que reconozca tener conocimiento de las restricciones de uso, de los derechos del autor (copyright), de las patentes, etc. y que acepte de conformidad.

El conocimiento del contenido de los contratos es difícil antes de la compra del producto ya que las cajas de los productos raramente contienen una copia completa del mismo, dándose que el comprador en la mayor parte de las ocasiones conoce su contenido después de la compra.

En ocasiones se exige al usuario el renunciar a realizar reclamos o demandas legales por diversos motivos (tales como posibles daños producidos por el producto o fallos en él) o aceptar la restitución de la mercancía en la forma y monto que la compañía decida.

Este tipo de acuerdo expresa los usos que se pueden dar y cuáles no al producto, ya que quien lo compra no es, legalmente, en ninguna forma dueño del producto, sino sólo de una licencia para su uso, considerándose esto último por algunas personas como una limitación a los derechos del consumidor

Este tipo de acuerdos son unilaterales pues el usuario no tiene más opción que aceptar o rechazar el contenido del mismo (en algunos países existen organizaciones de protección al consumidor que autorizan ciertas excepciones).

- **Licencia de distribuidor:** En éste tipo de contrato, se le asigna derechos restringidos a un comerciante de tipo comisionario para que venda el producto (software) dando una remesa o comisión al fabricante. La misma puede ser por primera venta o licencia de renovación de contrato.

Contrato de Llave en Mano

El contrato "llave en mano" o "turnkey contract" es aquel en que el contratista se obliga frente al cliente, a cambio de un precio, generalmente alzado, a concebir, construir y poner en funcionamiento una obra determinada que él mismo previamente ha proyectado. En este tipo de contrato el énfasis ha de ponerse en la responsabilidad global que asume el contratista frente al cliente.

Otras prestaciones que siempre están presentes en los contratos "llave en mano" son: el suministro de materiales y maquinaria; el transporte de los mismos; la realización de las obras civiles; la instalación y montaje, y la puesta a punto y en funcionamiento de la obra proyectada. En determinados casos, también es posible incluir en este tipo de contrato otras obligaciones posteriores a la ejecución de la obra, como la formación de personal y la asistencia técnica.

De los distintos métodos de realización de proyectos que han aparecido, principalmente en el ámbito del comercio internacional, como consecuencia de los avances tecnológicos, el que mejor refleja las transformaciones experimentadas en este sector es, sin duda el método "llave en mano". Con éste, desaparece la tradicional relación tripartita entre cliente (contratante), ingeniero y contratista, para quedar sustituida por una única relación entre cliente-contratista, en la que este último, junto a sus funciones tradicionales, asume la concepción del proyecto.

Los dos rasgos esenciales de los contratos "llave en mano" son:

- a) la fusión de las misiones de concepción y ejecución de la obra en una sola persona, y
- b) la obligación global asumida por el contratista frente al cliente de entregar una obra completamente equipada y en perfecto estado de funcionamiento, dotan a estos contratos de unas características particulares:
 1. El contrato "llave en mano" a diferencia del contrato tradicional implica la celebración de un solo y único contrato realizado entre el cliente y el contratista. Generalmente, en la selección de este tipo de contratos ejerce una influencia decisiva la tecnología implicada en el proyecto que se pretende realizar y que se va a manifestar no sólo en los planos y

especificaciones técnicas sino también en los derechos de propiedad industrial implicados en el proceso de producción y, en determinados casos, en la formación de personal y en la asistencia técnica proporcionada por el contratista.

2. El hecho de que en los contratos "llave en mano", el contratista asuma la concepción y la ejecución de la obra condiciona no solo el procedimiento de adjudicación del contrato, generalmente un procedimiento restringido o negociado, sino también la determinación del objeto y la función del cliente o de su ingeniero.
3. A diferencia de los contratos tradicionales de construcción, en los contratos "llave en mano" la elaboración detallada del proyecto tiene lugar una vez concluido el contrato, circunstancia ésta que justifica conceder al contratista un derecho a introducir modificaciones en sus planos, a su propio coste y riesgo y siempre que se respeten los parámetros contractuales acordados (calidad, cantidades de materias primas, rendimientos) sin que sea necesaria a tal efecto la propia aprobación del cliente.
4. Esta estructura sobre la que descansa el contrato "llave en mano", y que ha revolucionado ciertamente la industria de la construcción, implica a su vez una pérdida de control sobre el proyecto por parte del cliente y una reducción considerable en las funciones del ingeniero que en este tipo de contratos actúa generalmente como representante del cliente, siendo posible incluso en los casos más extremos que se prescindiera de su participación.
5. Finalmente, la obligación global que se deriva de los contratos "llave en mano" para el contratista influye de manera decisiva en la determinación del precio, que no puede ser, más que un precio alzado.

Cabe distinguirse dos fases principales en este contrato:

1. **Preparación del contrato:** en la que se determinan los objetivos del cliente, se selecciona al contratista y se negocia con él los términos contractuales, y
En esta fase, el papel del ingeniero se limita a asesorar al cliente en cuanto:
 - a) a la preparación de los documentos de invitación a la presentación de ofertas,
 - b) a la comparación y selección de ofertas, y
 - c) en determinado caso, a elaborar las especificaciones generales del proyecto en las que se indicará de forma vaga e imprecisa las condiciones técnicas exigidas por el cliente sin que ello suponga asumir responsabilidad alguna por la concepción detallada del mismo.
2. **Ejecución del contrato:** que comprende el comienzo de los trabajos, el desarrollo progresivo de la obra y su completa realización, funcionamiento y aceptación.
Como la descripción detallada de la obra tiene lugar durante esta etapa, de tal situación se derivan determinadas consecuencias jurídicas:
 - a) Indeterminación del objeto del contrato al momento de otorgar el contrato, lo que se pretende suplir por medio de estándares.
 - b) Mayores derechos concedidos al contratista para modificar el proyecto siempre y cuando esté informado, revise o apruebe tales cambios, y siempre que tales modificaciones no alteren las garantías técnicas y de buena obra.
 - c) El contratista responde de las posibles lagunas y omisiones de las que pueda adolecer el proyecto y los derechos del cliente a introducir modificaciones quedan restringidos y generalmente dan lugar a una compensación de los costes en los que haya podido incurrir el contratista.

CONTRATOS CUYO OBJETO SON LOS SERVICIOS INFORMATICOS.

Son contratos cuyo objeto son un conjunto de servicios intangibles que aportan al funcionamiento de los sistemas. En todos ellos estarán vigentes las obligaciones específicas de la contratación informática y la responsabilidad civil emergente de las obligaciones asumidas en estos contratos.

Contrato de Outsourcing de Sistemas de Información

Este contrato implica la tercerización de todos aquellos sistemas o elementos secundarios ajenos al objeto principal de una empresa. Así se obtienen beneficios que están orientados a optimizar el funcionamiento de la organización, en la medida que cada uno de estos servicios tercerizados se encuentran en manos de un tercero que tiene los mejores niveles tecnológicos y humanos (por ej., empresas cuyo objeto central sea el almacenamiento de stock, el procesamiento de información, o el transporte de mercadería).

Así, en este contrato, las organizaciones tercerizan el tratamiento electrónico de su información a través del pago de un canon mensual previamente establecido. Pero esta actividad tiene implicancias concretas en cuanto a la capacitación del personal, al acceso a la información, a la confidencialidad, a la seguridad y al tipo de recursos humanos que van a participar y acceder a dicha información.

Algunas de las ventajas que el outsourcing incorpora a la empresa son:

- **Liberación de recursos financieros:** La tercerización de los sistemas de información permite que la empresa quede liberada de la obligación de ir realizando inversiones para actualizar y acceder a la más moderna tecnología para sus sistemas de información.
- **Liberación de recursos humanos:** En una empresa hay personal cuyo objeto no es precisamente el tratamiento de la información pero que de todos modos están ocupados en dichas cuestiones. Con la tercerización de esas labores pueden ser liberados para así ser afectados a aquellos sectores esenciales que hacen al objetivo productivo de la empresa.
- **Beneficios fiscales:** La tercerización implica ahorrar en inversiones directas en tecnología y no incorporar nuevos "bienes de capital" al patrimonio de la organización. El pago del canon mensual al tercero permite que dicha suma se desgrave del impuesto a las ganancias correspondientes de ese año y del balance impositivo de la organización durante ese año, verificándose un ahorro fiscal importante.
- **Focalizar inversiones:** Permite focalizar a toda la organización en el más eficiente cumplimiento de su función específica, despreocupándose por aspectos periféricos que pueden ser resueltos adecuadamente por terceros.

Sin embargo, también presenta grandes riesgos en la compañía como ser:

- **Dependencia tecnológica:** El outsourcing impone necesariamente a las organizaciones una dependencia tecnológica importante del prestador del servicio de tratamiento electrónico de la información.
- **Falta de recursos propios:** La falta de recursos humanos propios que estén en condiciones de absorber el funcionamiento del centro de cómputos es un grave riesgo que corre la empresa.
- **Riesgos en la confidencialidad de la información:** El outsourcing implica poner en manos de terceros, información estratégica y central necesaria para el funcionamiento y desarrollo de la organización. Más aun cuando existe tratamiento de datos personales, dado que la Ley 25.326 de Protección de los Datos Personales establece niveles de responsabilidad patrimonial y penal de la organización en cascada, por la extensión de la responsabilidad da las acciones que ejecuten los terceros cesionarios de esa información.

- **Riesgos en cancelar el servicio:** Existirán dificultades que impliquen costos importantes desde el punto de vista operativo y económico para la organización cuando se quiera dar marcha atrás para volver a instalar un sistema propio del tratamiento de la información, ya sea para la adquisición de la tecnología, para el entrenamiento del personal, y para la incorporación de recursos humanos que estén en condiciones de equiparar los niveles de eficiencia que ofrecía el prestador.

Por último, también es necesario ubicar y clasificar algunas características específicas de este contrato sobre aspectos relacionados a:

1. **La confidencialidad:** Como es sabido, la información es poder y la concentración de la información es el poder de la organización. Las bases de datos se transformaron en un elemento esencial del patrimonio de las organizaciones, lo que implica resolver desde el punto de vista jurídico los aspectos vinculados a la confidencialidad, ya que un tercero va a acceder naturalmente a la información que es propiedad de la organización. Para ello, se deben incorporar en los contratos cláusulas específicas de confidencialidad acerca de todos los dependientes que sean afectados a la operatoria del tratamiento de la información.
2. **La seguridad de los sistemas:** La confidencialidad está directamente vinculada a la seguridad de los sistemas. Es por ello que el contrato de outsourcing deberá establecer cuáles son los sistemas de acceso al centro de cómputos, quien tendrá el control del acceso, cuál será el mecanismo técnico de habilitación para ingresar, cómo se manejará el registro de los que ingresan y egresan, quiénes están autorizados y a través de que sistemas.
3. **El mantenimiento:** El outsourcing es una obligación de resultado, ya que se procesará la información según las condiciones establecidas en el contrato. Es por ello que el mantenimiento de los sistemas es un aspecto esencial a tener en cuenta.
4. **El comité de conducción:** La operatoria del outsourcing prevé el establecimiento de un "comité de conducción y seguimiento mixto", compuesto por representantes designadas por ambas partes suscriptoras del contrato, que van a efectuar el seguimiento permanente de la ejecución del contrato.
5. **La documentación:** La actividad de este comité de conducción debe necesariamente documentarse. Sobre todo porque es un contrato complejo, de tracto sucesivo, que seguramente vaya cambiando sus condiciones y las mismas deberán estar plasmadas en una adecuada redacción.
6. **Las grillas de evaluación:** El pago del precio por la prestación del servicio de outsourcing es un canon mensual que se abona durante el término de vigencia de la relación contractual. Para ello, el prestador del servicio deberá certificar que efectivamente ha prestado el servicio de acuerdo a las condiciones establecidas en el contrato y a efectos de que la evaluación de la prestación de ese servicio no quede arbitrariamente en manos del adquirente o del usuario del servicio. Es por eso que debe elaborarse una grilla en donde se establezcan los distintos aspectos a evaluarse en cada certificación, junto a los estándares estipulados en el contrato, que deben ser respetados durante toda la relación contractual. Una vez evaluados los aspectos incluidos en la grilla y habiendo respondido esa evaluación a los estándares oportunamente estipulados, corresponderá el pago del canon mensual correspondiente al período que se ha certificado.

Contrato de Mantenimiento de Sistemas de Información

Tiene por fin asegurar el funcionamiento del sistema durante todo el término de vigencia de la relación contractual. El funcionamiento y la prestación de los servicios de sistematización y

tratamiento de la información, requieren un adecuado diseño del contrato que garantice el funcionamiento del sistema y su correcto mantenimiento.

El mantenimiento de los sistemas de información no es una idea exclusiva de los componentes de un sistema informático, sino que, en realidad, todos aquellos elementos que al margen de la informática tienen un alto contenido de sofisticación tecnológica, necesariamente requieren de un adecuado mantenimiento y en consecuencia, de la elaboración de contratos específicos.

También es posible hablar de "mantenimiento" vinculado a cada uno de los elementos del sistema:

- a) **Mantenimiento del software:** Significa mantener en buen estado de funcionamiento el sistema durante todo el término de vigencia de la relación contractual, pero también incorporarle las modificaciones y adecuaciones necesarias para que vaya respondiendo a las nuevas necesidades que la organización plantea. A la hora de negociar este contrato es necesario que nos garanticen efectivamente el acceso al código fuente. Cuando no hay acceso, la obligación de mantener el sistema en buen estado de funcionamiento está tácitamente incluida en el contrato.
- b) **Mantenimiento del hardware:** Significa mantener los distintos componentes de hardware en buen estado a efectos de que funcionen normalmente. Aquí nos tienen que garantizar un stock de repuestos adecuados para poder prestar un servicio de mantenimiento durante la relación contractual, fundamentalmente porque es una obligación de resultado y no de medios. Además deberán incluirse cláusulas que tengan en cuenta la obsolescencia del sistema, la discontinuidad en su producción y la escasez de repuestos de ese modelo específico.

Contrato de Escrow

Cuando una empresa adquiere una licencia de uso de software, es conveniente prevenirse en el caso de que la empresa que lo desarrolla desaparezca. Por ello es frecuente que en el contrato de licencia de uso de software se incluya la denominada cláusula escrow, la cual confiere al usuario el derecho de acceder a una copia del código fuente y asegurándole así un uso futuro del software.

Normalmente, lo que se pacta es que el licenciatario (cliente/adquirente) podrá recuperar el código fuente del programa en caso de quiebra, suspensión de pagos o concurso de acreedores, disolución o liquidación del programador, de incumplimiento de la obligación de mantenimiento del software o para el caso de que la empresa desarrolladora del software transmitiera los derechos de propiedad intelectual sobre el programa a un tercero, o bien fuera privada de ellos por sentencia judicial. En el caso de existir varios licenciatarios, lo más aconsejable es que se autorice por el depositario la retirada de una copia del código para cada uno de los licenciatarios.

En cuanto al contrato de Escrow, puede llevarse a la práctica ante un escribano o incluso nombrarse depositario al licenciatario o bien lo habitual, es constituirlo ante un profesional especializado (llamado Escrow Agent) que tenga las correspondientes medidas de seguridad física en sus locales. Es en un contrato tripartito, en el que se deberán hacer constar dichas medidas, el compromiso de confidencialidad sobre el material depositado, la forma de llevar a cabo la actualización periódica del código de acuerdo con la última versión del programa licenciado, previéndose la realización, ante el agente, de los correspondientes test para comprobar el buen funcionamiento de dicha versión antes de actualizar el depósito, así como las causas de remoción del depósito.

Contrato de Hosting

Es un contrato en virtud del cual una empresa provee una fracción de espacio en un servidor o host, para almacenar contenidos accesibles vía web. Los Web Hosting son compañías que proporcionan este servicio a sus clientes. Por lo general se pueden dividir entre servicios gratuitos o pagos.

Son normalmente contratos de adhesión, no negociados individualmente. Algunos de los aspectos que se deben tener en cuenta en estos contratos son:

- **Capacidad:** Cantidad de información que se puede almacenar en el Hosting.
- **El "ancho de banda":** Es la cantidad máxima de datos que pueden pasar por un camino de comunicación en un momento dado, normalmente medido en segundos. Es el elemento más importante, ya que determina su capacidad operativa, su velocidad de acceso a Internet y las condiciones de dicho acceso.
- **Seguridad:** El cliente debe conocer estos sistemas en las especificaciones del contrato.
- **Acceso remoto al sistema:** El cliente debe poder acceder como administrador al área asignada para su servidor web, debiendo indicarle el proveedor la forma para llevarlo a cabo y el protocolo (FTP).
- **Responsabilidad por los contenidos alojados:** Será el cliente quien proporcione los contenidos que se volcarán en el servidor. Por tanto, será éste, quien figura como titular del sitio web, el único responsable penal o civilmente de los mismos.

Contrato de Housing

Es un contrato en virtud del cual una empresa dedicada a la prestación de servicios informáticos se compromete a ubicar en sus instalaciones un determinado hardware propiedad del cliente y a prestar al cliente una serie de servicios adicionales como el mantenimiento del hardware, a cambio de un precio. El equipamiento es propiedad del cliente, que la compra, configura y mantiene (existe libertad para la instalación de programas y aplicaciones).

El proveedor del servicio normalmente brinda energía eléctrica, aire acondicionado, accesibilidad a la red y seguridad.