



Guía para la redacción y negociación de contratos de *software*

Con la participación de



La presente guía para la redacción y negociación de contratos de *software* es el resultado de un grupo de trabajo constituido, a tal efecto, por la Asociación Española de Derecho del Entretenimiento (“DENAE”). La presente guía se publica con una finalidad exclusivamente informativa y divulgativa y no podrá interpretarse como un asesoramiento profesional. Nada de lo incluido en la misma podrá ni deberá interpretarse como la posición oficial de las entidades en las que cada autor pudiera estar desempeñando el ejercicio de su profesión. Sus autores se eximen de cualquier responsabilidad que pudiera derivarse del uso de la información contenida en la presente guía.

Coordinador: Mata González, Miguel Ángel

Autores:

- Bleda Navarro, Gonzalo Manuel*
- Bulnes Fernández-Mazarambroz, Daniel
- Márquez Salas, Silvia
- Mata González, Miguel Ángel
- Minero Alejandro, Gemma
- Muñoz Rodríguez, Joaquín
- Osuna Hernández, Carlos
- Suárez Jaqueti, Helena

© Asociación Española de Derecho del Entretenimiento. 2018. Reservados todos los derechos.

* Gonzalo Bleda, jurista del Centro de Arbitraje y Mediación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, ha participado en la redacción de la sección 22, relativa a la resolución de controversias.

1	INTRODUCCIÓN	7
2	OBJETO Y NATURALEZA JURÍDICA	8
2.1	Contrato de licencia de uso de <i>software</i>	8
2.2	Contrato de desarrollo de <i>software</i>	9
2.3	Contrato de mantenimiento de <i>software</i>	10
2.3.1	Mantenimiento preventivo.....	11
2.3.2	Mantenimiento correctivo.....	11
2.3.3	Mantenimiento evolutivo	11
3	DURACIÓN.....	12
3.1	Contrato de licencia de uso de <i>software</i>	12
3.2	Contrato de desarrollo de <i>software</i>	12
3.3	Contrato de mantenimiento de <i>software</i>	13
4	DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES.....	14
4.1	Contrato de licencia de uso de <i>software</i>	14
4.1.1	Derechos y obligaciones del licenciante	14
4.1.2	Derechos y obligaciones del licenciatario.....	15
4.2	Contrato de desarrollo de <i>software</i>	16
4.2.1	Derechos y obligaciones del proveedor	16
4.2.2	Derechos y obligaciones del cliente.....	17
4.3	Contrato de mantenimiento de <i>software</i>	18
4.3.1	Derechos y obligaciones del proveedor	18
4.3.2	Derechos y obligaciones del cliente.....	19
4.4	Precio, facturación y pago.....	19
4.4.1	El precio como elemento esencial del contrato	19
4.4.2	Elementos que componen el precio	20
4.4.3	Cláusulas de estabilización de precios	21
4.4.4	Cláusula <i>rebus sic stantibus</i>	22
4.4.5	Facturación y pago.....	23
4.4.6	Garantías de ejecución	24
5	ACUERDOS DE NIVEL DE CALIDAD DEL SERVICIO	26
6	PENALIZACIONES	27
6.1	Concepto de cláusula penal	27
6.2	Penalizaciones en los contratos de desarrollo de <i>software</i>	28
7	LUGAR DE PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS	29
8	CONFIDENCIALIDAD.....	30
8.1	Importancia de la confidencialidad de la información.....	30
8.2	Acuerdos de confidencialidad	31
8.3	Duración de las obligaciones de confidencialidad	31
8.4	Objetivos de las cláusulas de confidencialidad	32

8.5	Protección de la información confidencial según la posición en el contrato	33
8.5.1	Como parte reveladora	33
8.5.2	Como parte receptora	34
8.5.3	Disposiciones comunes a ambas partes	34
8.6	Directiva de protección del <i>Know-How</i> y secretos industriales y ADPIC.....	35
9	PROTECCIÓN DE DATOS.....	36
9.1	Reglamento General de Protección de Datos	36
9.2	Tratamiento de datos personales del proveedor por el cliente.....	38
9.3	Tratamiento de datos del cliente por el proveedor	39
10	PROPIEDAD INTELECTUAL.....	41
11	MODELO DE GOBIERNO.....	46
12	SUBCONTRATACIÓN Y CESIÓN	47
12.1	Subcontratación.....	47
12.2	Cesión.....	49
13	GESTIÓN DE CAMBIOS Y SERVICIOS ADICIONALES.....	49
14	CAMBIO DE CONTROL.....	51
15	AUDITORÍA	53
16	ANTICORRUPCIÓN	54
17	FUERZA MAYOR.....	55
18	DEPÓSITO NOTARIAL DE CÓDIGO FUENTE O ESCROW	56
18.1	Naturaleza y objeto del <i>escrow</i>	56
18.2	Supuestos que permiten el acceso al código fuente.....	58
18.3	Obligaciones de las partes.....	59
18.3.1	Obligaciones del licenciante	59
18.3.2	Obligaciones del licenciatario	59
18.3.3	Obligaciones del <i>escrow agent</i>	59
18.4	Derechos que se puedan derivar como consecuencia del uso del código en <i>escrow</i>	60
19	NOTIFICACIONES	60
20	TERMINACIÓN ANTICIPADA Y CONSECUENCIAS DE LA TERMINACIÓN ANTICIPADA	61
20.1	Incumplimiento de las prestaciones a cargo de las partes	61
20.1.1	Incumplimiento del proveedor en la prestación del servicio	62
20.1.2	Incumplimiento del cliente	62
20.2	Imposibilidad sobrevenida	63
20.3	Imposibilidad temporal prolongada.....	63
20.4	Mutuo acuerdo de las partes	63
20.5	Voluntad de una de las partes	64
20.6	Consecuencias de una terminación anticipada.....	64

21	RESPONSABILIDAD: DESCRIPCIÓN DE CASUÍSTICA GENERAL Y EXCLUSIONES	65
21.1	Introducción	65
21.2	La imputación del incumplimiento.....	65
21.2.1	Dolo.....	65
21.2.2	Culpa o negligencia	66
21.2.3	Responsabilidad objetiva	66
21.2.4	Mora	66
21.3	Prueba de la culpa.....	67
21.4	Los remedios frente al incumplimiento	68
21.4.1	Cumplimiento forzoso	68
21.4.2	Indemnización del interés contractual positivo o del daño a la expectativa.....	68
21.4.3	Resolución por incumplimiento	69
21.5	Cumplimiento defectuoso.....	70
21.6	Límites a la responsabilidad contractual.....	70
21.6.1	Introducción.....	70
21.6.2	Cláusulas de carácter procedimental.....	71
21.6.3	Cláusulas penales.....	71
21.6.4	Cláusulas de garantía	71
21.6.5	Exclusión de daños indirectos.....	71
21.6.6	Cláusulas que modifican los criterios de imputación (culpa).....	72
21.6.7	Cláusulas que incorporan un límite cuantitativo de la responsabilidad	72
21.6.8	Cláusulas <i>knock to knock</i>	73
21.6.9	Cláusulas que limitan la responsabilidad por referencia a las pólizas de seguro del deudor de la prestación	73
22	RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS	73
22.1	¿Por qué es importante la cláusula de solución de controversias en un contrato tecnológico?....	73
22.2	¿Qué ventajas presentan los mecanismos alternativos de solución de controversias?	74
22.3	¿Qué aspectos tienen en cuenta las partes de un contrato tecnológico a la hora de redactar la cláusula de solución de controversias?.....	75
22.4	¿Qué mecanismos de solución de controversias pueden establecer las partes en un contrato de <i>software</i> ?.....	76
22.4.1	Mediación como mecanismo de solución de controversias	76
22.4.2	Mediación seguida del arbitraje (o arbitraje acelerado) como mecanismo de solución de controversias	77
22.4.3	Arbitraje y el arbitraje acelerado como mecanismos de solución de controversias	78
22.4.4	Procedimiento de decisión de experto como mecanismo de solución de controversias....	79
23	LEGISLACIÓN Y FUERO APLICABLE.....	79
24	CONCLUSIONES	81

1 INTRODUCCIÓN

En pleno siglo XXI es indudable el impacto que las tecnologías de la información y la comunicación tienen a nivel mundial. Han transformado la sociedad no sólo contribuyendo significativamente al crecimiento económico y a la creación de nuevos empleos y empresas, sino también impactando de pleno en el día a día de la población y en la gestión empresarial. Han contribuido al fomento de la innovación, el emprendimiento, el desarrollo y la adopción de nuevos productos y servicios. De esta forma, se han convertido en un elemento importante en el sector empresarial, pasando a formar parte de procesos productivos e incrementando su utilización.

Una parte relevante de la tecnología son las aplicaciones informáticas, programas de ordenador o *software* (a los efectos de la presente guía, se utilizarán estos tres conceptos de forma indiferente). Respecto a la empresa usuaria de productos y servicios tecnológicos -el cliente o licenciario-, el *software* se ha integrado por completo en su actividad empresarial. Este se usa para optimizar la productividad, conseguir una ventaja competitiva y una mayor eficiencia. E incluso, en determinadas ocasiones, forma parte fundamental de la fase de producción y desarrollo de sus productos y/o servicios. Por ello, es necesario adecuar el *software* a los requisitos y necesidades específicos del cliente y de su sector de actividad. En lo que se refiere al proveedor o licenciante, este debe ser consciente de las necesidades del cliente y emplear sus recursos en desarrollar productos y/o servicios que le satisfagan.

La importancia de la tecnología y su uso en el ámbito empresarial hace que resulte necesario para las empresas -ya sean clientes o proveedores- conocer las implicaciones legales y los aspectos jurídicos de los contratos relacionados con la tecnología.

La presente guía tiene como finalidad explicar al lector, de manera rigurosa, los aspectos que deben tomarse en consideración al redactar un contrato de *software*, así como las implicaciones jurídicas que se derivan de las principales cláusulas cuando se aborda la negociación de un contrato de esta tipología. Se analizan, a título enunciativo, las cláusulas relativas a la duración, precio, confidencialidad, resolución de controversias, protección de datos, propiedad intelectual, modelo de gobierno, subcontratación, gestión de cambios y auditorías. En aquellos apartados donde resulte de aplicación, se desgranarán las particularidades de cada una de las tres tipologías de contratos en los que se centra el presente documento: licencia de uso, desarrollo de *software* y mantenimiento de *software*.

2 OBJETO Y NATURALEZA JURÍDICA

2.1 Contrato de licencia de uso de *software*

El contrato de licencia de uso de *software* regula, en términos generales, la autorización para la utilización de derechos de explotación de un programa de ordenador -obra protegida por derechos de autor-, que realiza el titular de la misma en favor de terceros a cambio de un precio determinado.

Además de la normativa aplicable a la contratación de índole privada establecida por el Código Civil y el Código de Comercio, el contenido, alcance, límites y derechos se determinan conforme a lo establecido en los artículos 43 y siguientes, así como en el artículo 95 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (“LPI”).

Nos encontramos ante un contrato en virtud del cual se autoriza el uso de un programa de ordenador bajo la modalidad de cesión de uso o licencia de uso. Se consiente, así, la utilización de la obra protegida en unas condiciones reguladas por el propio contrato y por la LPI, pero sin que se produzca la transmisión de la titularidad de la obra protegida. Dicha titularidad permanece en todo momento en la esfera de su titular legítimo. Así las cosas, y aún a riesgo de parecer obvio, el adquirente o licenciario del *software* deberá analizar no sólo las funcionalidades de carácter técnico y/o comercial que dicho *software* contiene y que puede aportar en concreto a su negocio o actividad, sino también los derechos que está obteniendo así como las restricciones contenidas en la licencia de uso correspondiente. Del correcto análisis de estas cuestiones por parte de las áreas de negocio y legal del licenciario se obtendrá una mayor eficacia del contrato.

El artículo 99 de la LPI regula el contenido de los derechos de explotación que corresponden al autor o titular derivativo del derecho de autor de un programa de ordenador, incluyendo el derecho de reproducción total o parcial, el derecho de transformación -y sus correspondientes vertientes de traducción, adaptación o arreglo- y el derecho de distribución pública -incluido el alquiler del original o de sus copias-.

Otro aspecto destacable de los contratos de licencia de uso de *software* es, con carácter general, la no exclusividad de los mismos. En este sentido, el licenciante no pretende limitar la distribución de su producto en un solo cliente o licenciario, sino que busca pactar la licencia de derechos sobre una misma obra a una pluralidad. Asimismo, la licencia de uso no supone en sí misma una autorización para la comercialización o distribución del *software* o de los derechos correspondientes -ello entraría dentro del ámbito del contrato de distribución, fuera del objeto de la presente guía-. En este sentido, señala el artículo 99 de la LPI que la cesión de derecho de uso de un programa de ordenador, salvo prueba en contrario, tiene carácter no exclusivo.

En la medida en que la presente guía analiza la elaboración y negociación de distintos contratos de *software* obviaremos, en la misma, el estudio de los llamados contratos de adhesión tan propios de los contratos de uso de *software*, en tanto en cuanto los mismos son impuestos por el licenciante y no permiten la negociación entre las partes.

2.2 Contrato de desarrollo de *software*

Son aquellos contratos en los que el proveedor se obliga frente al cliente, a cambio de un precio pactado, a elaborar un programa de ordenador de acuerdo a un calendario predeterminado por las partes, y ajustándose a las características funcionales y a las especificaciones técnicas acordadas con el cliente.

En relación a la naturaleza del contrato, la mayoría de la doctrina entiende que se trata de un contrato de arrendamiento de obra en el sentido previsto en el artículo 1544 del Código Civil, al interpretar que, si el objeto del contrato consiste en la realización de un programa de ordenador hecho a medida, se está pactando un resultado. A pesar de la corriente mayoritaria, continúa habiendo una parte de la doctrina que sostiene que los contratos de desarrollo de *software* son contratos de arrendamiento de servicios que no obligan a la consecución de un resultado, sino únicamente a la realización de una actividad. Esta opinión se basa, fundamentalmente, en la imposibilidad, dada la propia naturaleza del contrato, de definir claramente el objeto, de encontrar referencias absolutas o de cubrir íntegramente las necesidades del cliente; asimismo, contribuye a esta postura el derecho administrativo, en tanto que la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en su artículo 16.3.b), califica los contratos de adquisición de programas de ordenador a medida como contratos de servicios. Existe, incluso, una tercera vertiente minoritaria que habla de contratos mixtos. Si bien, buscando el carácter práctico de esta guía, nos centraremos en las dos corrientes doctrinales más extendidas.

El tema no es baladí dadas las consecuencias previstas en los artículos 1588 y siguientes del Código Civil. El análisis jurídico debe partir, no sólo de la literalidad del propio contrato, sino también de la voluntad y de la intención de las partes al obligarse. Mientras en un contrato de arrendamiento de servicios el objeto del contrato es la prestación del trabajo en sí mismo y no el resultado que se alcance, en un arrendamiento de obra el compromiso se centra en el resultado y sólo tras la consecución de este se entenderá cumplido el contrato. Esto condiciona el régimen de cumplimiento y de responsabilidad que se deriva del contrato y, adicionalmente, la determinación de la jurisprudencia dictada hasta la fecha sobre contratos de arrendamiento de obras o servicios que vaya a resultar de aplicación.

El contrato de desarrollo de *software* es un contrato mercantil, bilateral, oneroso, consensual, atípico y de tracto sucesivo. Es importante destacar que, generalmente, se celebra tras la selección de un proveedor que ha sido elegido tomando en consideración su formación, experiencia profesional u otras características que lo cualifican, al punto que, en ausencia de dicho contratante, el contrato pierde interés para la otra parte y daría lugar a su terminación anticipada. Por ello, el contrato tiene naturaleza *intuitu personae*.

2.3 Contrato de mantenimiento de *software*

Este contrato se erige como una pieza fundamental para todas aquellas empresas que necesitan de herramientas informáticas para realizar sus actividades. Un correcto mantenimiento del *software* repercute positivamente en la efectividad de las funciones realizadas, disminuye las posibilidades de un funcionamiento defectuoso y pone al alcance de los usuarios las soluciones necesarias. Su importancia se acentúa debido a la integración de los sistemas informáticos en el funcionamiento ordinario y en la digitalización de los procedimientos de gestión de los activos empresariales.

Se trata de uno de los contratos informáticos que más se desarrolla en la práctica. El temor de una empresa a que se produzca un defecto en el funcionamiento de su sistema informático con los posibles perjuicios que ello conlleva -pérdidas económicas, impacto en la imagen corporativa, etc.-, obliga al empresario a contar con los medios necesarios para tratar de evitar estas situaciones.

La complejidad de cualquier sistema informático exige que el mantenimiento sea dual, es decir, que se extienda a los dos elementos que básicamente forman un sistema informático: el *hardware* y el *software*. El mantenimiento de *software* es una de las actividades más comunes en la ingeniería de *software* e implica un proceso de mejora y optimización del mismo, incluyendo la corrección de los defectos, la prevención de irregularidades en su normal funcionamiento y la mejora de sus funcionalidades. El mantenimiento de *software* es una de las fases en el Ciclo de Vida de Desarrollo de Sistemas (SDLC) que se aplica al desarrollo de *software*, posterior a su despliegue o implementación.

Se trata de un contrato, generalmente, autónomo e independiente a la existencia de otros acuerdos. En efecto, un contrato de mantenimiento puede formalizarse, por ejemplo, sin que exista sobre el citado *software* una licencia o transmisión. Sin perjuicio de ello, en ocasiones un mismo proveedor puede prestar los servicios de mantenimiento y actuar como licenciante del *software*, en cuyo caso resulta necesario valorar las consecuencias que la terminación anticipada del contrato de licencia, de producirse, podría suponer para el contrato de mantenimiento. El contrato de mantenimiento de *software* sólo necesita, por tanto, la existencia de un *software* instalado en un dispositivo, ya sea utilizado por el propio titular del *software* o por un tercero. No obstante, como se describirá en otros apartados, el contrato de mantenimiento de *software* normalmente exigirá el otorgamiento de una autorización para poder reproducir y modificar el *software* con la extensión necesaria para poder prestar los servicios de mantenimiento.

El mantenimiento puede estar dirigido a fines de prevención, de reparación y/o de actualización. A continuación, se detallan las tipologías de mantenimientos más habituales:

2.3.1 Mantenimiento preventivo

El mantenimiento preventivo consiste en realizar aquellas operaciones destinadas a mantener el correcto funcionamiento del *software*. Se realiza con anterioridad a que puedan surgir fallos en el sistema. Su naturaleza le otorga una función de prevención, destinada a mitigar incidencias a futuro.

Entre las tareas que pueden incluirse dentro de este mantenimiento, a continuación, se ofrece un listado de las más relevantes:

- Revisión de instalación por *setup*: consiste en acceder a las unidades conectadas al dispositivo, tales como el disco duro o la memoria, para comprobar si funcionan correctamente.
- Desfragmentación del disco duro: cuando un archivo está fragmentado, partes del mismo se almacenan en pequeñas porciones en varias ubicaciones alrededor de la unidad de disco duro. La función de la desfragmentación consiste en ubicar las porciones de archivos en direcciones de memoria contiguas.
- Liberación de memoria RAM: supone la eliminación de archivos generados por la instalación de aplicaciones en el dispositivo que ya no se utilizan, así como de archivos vacíos, carpetas, archivos temporales y accesos directos que tienen una ruta que ya no existe.
- Liberación del disco duro: consiste en buscar, identificar y enumerar los archivos de la unidad, eliminando aquellos que fueran innecesarios.
- Ejecución de antivirus: ejecución de un programa de búsqueda y neutralización de *software* malicioso que puede afectar negativamente al funcionamiento normal del dispositivo.
- Copia de seguridad: una vez que el dispositivo se encuentra inspeccionado y se ha verificado su correcto funcionamiento, se realiza una copia de seguridad de la información y archivos existentes, para el supuesto de que se produzca algún tipo de incidencia con esa información.

2.3.2 Mantenimiento correctivo

El mantenimiento correctivo incluye operaciones para corregir o reparar los fallos del *software*. A modo de ejemplo, pueden distinguirse dos tipos de mantenimiento:

- Planificado: es aquel mantenimiento programado, que ocurre cuando se conoce con antelación el problema que afecta al dispositivo y se dispone de los medios para solucionarlo. Aquí puede incluirse el mantenimiento de emergencia, que es el que tiene como presupuesto un problema conocido, pero se requiere una actuación inmediata para solucionarlo o evitar que se agrave.
- No planificado: es el mantenimiento que se realiza ante una incidencia imprevista.

2.3.3 Mantenimiento evolutivo

El mantenimiento evolutivo engloba las operaciones para actualizar y adaptar un *software* a las nuevas necesidades del cliente. Consta de las incorporaciones, modificaciones y eliminaciones necesarias en un *software* para cubrir la expansión o cambio en las necesidades del usuario -pudiendo ser necesario el mantenimiento evolutivo, por ejemplo, para adaptar el *software* a nuevas tecnologías o a cambios legislativos-.

La actualización del *software* también tiene su vertiente preventiva, ya que permite al usuario contar con las últimas novedades que hacen al *software* más seguro y fiable.

3 DURACIÓN

3.1 Contrato de licencia de uso de *software*

La duración es una condición de los contratos de licencia de uso de *software* que permite a las partes delimitar el plazo de vigencia de los derechos y obligaciones que se derivan del contrato que formalizan, teniendo también presente que puede resultar necesaria la solicitud de renovación de los mismos, así como prever aquellos supuestos que deriven en una terminación anticipada del contrato.

En un contrato de licencia de *software*, la duración deberá aparecer normalmente establecida, ya sea con una duración determinada o bien indefinida -en este último supuesto debe señalarse que la licencia se otorga por la totalidad de años que comprenden el período de duración de los derechos de explotación sobre el *software* de conformidad con la normativa de propiedad intelectual que resulte de aplicación-. En aquellos supuestos en los que la duración no aparezca establecida en el contrato de licencia de uso puede resultar de aplicación el límite temporal de 5 años que establece el artículo 43.2 de la LPI como consecuencia de la aplicación del artículo 95 de la LPI.

La renovación del contrato de licencia de uso podrá ser: (i) tácita o automática -salvo que una de las partes exprese su intención de no renovar dentro del plazo establecido en el contrato para ello-, (ii) a solicitud del licenciataria, o (iii) por el acuerdo de ambas partes. Sin perjuicio de lo anterior, las partes también deberán tener presente la regulación de la terminación anticipada -incluyendo la posibilidad de terminación unilateral para cualquiera de las partes y las consecuencias de dicha terminación-.

En los casos en los que se prevé la posibilidad de renovaciones al contrato y la terminación anticipada, el cliente deberá valorar cuál es el impacto que tiene la cláusula de duración en el precio. En este sentido, puede ser recomendable considerar fórmulas predeterminadas que resulten de aplicación en la cláusula de precio para aquellos supuestos en los que se produzca la renovación o la terminación anticipada.

Por otro lado, en aquellos casos en los que se celebren contratos de larga duración, al licenciante le puede interesar pactar la extensión de la licencia a las correspondientes versiones o actualizaciones del *software* dentro de un marco temporal concreto.

3.2 Contrato de desarrollo de *software*

En relación a la duración de los contratos de desarrollo de *software*, hay que hacer una distinción entre la duración estricta del contrato de desarrollo y la duración de los derechos de explotación que recaen en el *software* -derechos de propiedad intelectual que podrían ser objeto de cesión o de licencia-.

En lo que respecta a la duración del contrato de desarrollo en sentido estricto, las partes pueden establecer una duración determinada para el contrato, señalando fecha de inicio y fecha de

consumación del mismo mediante la entrega del *software* -todo ello sin perjuicio de los supuestos de terminación anticipada-. Asimismo, se puede señalar que la duración del contrato viene determinada por la finalización del encargo de desarrollo de *software*, pudiendo establecer un calendario con hitos y materiales entregables. Adicionalmente, es conveniente regular la supervivencia de aquellas cláusulas de las que se derivan derechos y obligaciones que deben perdurar tras la resolución del contrato.

En cuanto al calendario de hitos de entregas intermedias y planificación de la entrega definitiva del *software*, y de cara a evitar retrasos injustificados que puedan suponer un perjuicio para el cliente, es habitual acordar un sistema de penalizaciones en caso de un retraso injustificado por parte del proveedor o de un incumplimiento por parte del cliente de los plazos de entrega de información o instrucciones relativas a las funcionalidades. Esta fórmula ayuda, por un lado, a que el proveedor sea responsable a la hora de planificar las entregas en función de su capacidad real de ejecución -siendo el cliente compensado en caso de que los retrasos en las entregas tengan un impacto negativo en su planificación de negocio- y, por otro, que la inacción o retraso imputable al cliente no haga responsable al proveedor del incumplimiento de plazos de entrega. Un sistema de compensación objetivo que prevea de antemano cómo resolver un escenario de retrasos en la planificación, identificando las causas y cuantificando la responsabilidad, evitará malentendidos en una situación relativamente frecuente en la práctica como es el retraso en la ejecución del desarrollo.

En el supuesto de una cesión de los derechos de explotación, resulta conveniente prever en el contrato de desarrollo que la cesión de los derechos sobrevive a la terminación del contrato, teniendo en cuenta que la cesión se produce por el plazo que se haya establecido en la cláusula de propiedad intelectual y siendo habitual que la cesión se produzca por el plazo máximo de vigencia de los derechos de propiedad intelectual de conformidad con la normativa aplicable.

No obstante, hay que tener en cuenta que, por la propia naturaleza del *software* y la rápida evolución del mercado, la tecnología desarrollada puede quedar obsoleta. En consecuencia, a pesar de que se cedan los derechos sobre un desarrollo de *software* por toda la duración de los derechos de propiedad intelectual, también se debe valorar cuál va a ser la vida útil del programa objeto de desarrollo, planificar la necesidad de potenciales actualizaciones e identificar aquellos escenarios en los que resulte necesaria la adquisición de un *software* nuevo.

3.3 Contrato de mantenimiento de *software*

La duración del contrato de mantenimiento, habitualmente, irá ligada a la duración del contrato de licencia o del contrato de desarrollo del *software* específico. Si los derechos para utilizar el *software* que es objeto del mantenimiento se han adquirido a través de un contrato de licencia, será conveniente ligar la duración del contrato de mantenimiento a la duración de la licencia de *software*. Por el contrario, si estamos hablando de un *software* desarrollado a medida, deberá preverse que la duración del mantenimiento pueda extenderse en el tiempo, prestando especial atención a la cláusula de terminación anticipada.

El calendario de trabajo establece en qué momentos y de qué forma va a realizarse la prestación objeto del contrato. Las partes deben ponerse de acuerdo en establecer un calendario que satisfaga sus

intereses y que permita alcanzar los objetivos establecidos, previendo incluso la existencia de algún imprevisto que pueda ocasionar una demora en el cumplimiento del contrato. Dentro del calendario, las partes habrán de determinar los días y horarios en los que se llevará a cabo el mantenimiento. También se puede incluir un plazo máximo de realización para cada tarea que desarrolle el proveedor, a fin de que las partes tengan una mayor certeza sobre el momento en el que los trabajos serán completados.

Es importante destacar que un contrato de mantenimiento de *software* no sustituye a la garantía. El mantenimiento del *software* es un añadido a esa garantía, una seguridad extra que se aplicará tras la terminación de la vigencia de la garantía. Por tanto, puede decirse que la vigencia del contrato de mantenimiento es posterior a la garantía. Si surgiese cualquier incidencia en el *software* dentro del plazo de vigencia de la garantía, deberá procederse conforme a los términos previstos para la misma. En cambio, cuando la incidencia se produzca tras la terminación de la garantía, y el contrato de mantenimiento se haya celebrado, la resolución de la incidencia se hará conforme a dicho contrato.

La duración del contrato de mantenimiento dependerá del tipo de prestación necesaria en cada supuesto. Los periodos de vigencia del contrato suelen ser variados, con posibilidad de renovación por plazo determinado o indeterminado -en este último supuesto, pudiendo estar supeditada, por ejemplo, al tiempo en que el *software* es útil para la actividad empresarial del cliente-. El *software*, al ser intangible, puede tener un periodo de duración muy volátil, dependiendo también del coste de su mantenimiento, ya que en el mercado pueden existir productos posteriores con mejor rendimiento y eficacia.

Debe preverse una finalización anticipada del contrato con un preaviso suficiente, al objeto de permitir a las partes adaptarse a las circunstancias -y regulando las condiciones y consecuencias de la terminación-. La finalización anticipada puede producirse por diversos factores, entre los que pueden mencionarse la pérdida de interés en el *software* o un cambio sustancial en las circunstancias que dieron lugar a la celebración del contrato.

4 DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES

4.1 Contrato de licencia de uso de *software*

4.1.1 Derechos y obligaciones del licenciante

El principal derecho del licenciante será recibir una contraprestación del licenciatario en los términos establecidos en el contrato. También se podrá establecer un derecho del licenciante a llevar a cabo una auditoría del uso del *software* por el licenciatario para asegurarse que se cumplen con los términos y condiciones de la licencia y que el mismo es desinstalado o su acceso es bloqueado en caso de terminación del periodo de licencia acordado por las partes.

La principal obligación del licenciante es otorgar al licenciatario la autorización para el uso del *software* durante un determinado plazo. Obligación que se materializa en términos prácticos mediante la entrega

y/o instalación del *software* conforme a lo establecido en la propuesta técnica correspondiente y aceptación por el licenciatario de los términos y condiciones de uso de la licencia. La entrega y/o instalación del *software* deberá llevarse a cabo conforme a los plazos establecidos en el contrato. Además, se pueden regular en el contrato penalizaciones en caso de incumplimiento o si el *software* entregado y/o instalado no contempla las funcionalidades descritas en la oferta comercial. De ahí la importancia de describir las funcionalidades y los plazos de entrega o instalación de una manera objetiva, precisa y verificable, ya que se trata de un aspecto que puede dar lugar a controversias futuras. Por ello, también es recomendable que se establezca en el contrato la necesidad de que el cliente manifieste su conformidad a cada una de las fases de entrega y/o instalación del *software* y que se fijen los plazos para resolver posibles incidencias o la ausencia de funcionalidades descritas en la oferta comercial correspondiente.

Otra de las obligaciones para el licenciante se deriva de la garantía que recae sobre el *software* para garantizar el correcto funcionamiento de sus funcionalidades y especificaciones técnicas acordadas entre las partes. En este sentido, las incidencias en el *software* que tengan lugar dentro del plazo de vigencia de la garantía, con el alcance limitado previsto anteriormente, conllevan una obligación de actuación para el licenciante quien deberá proceder conforme a los términos previstos para la misma - por ejemplo, procediendo a la sustitución del *software*, a la corrección de errores o la devolución del precio, entre otras posibles obligaciones-.

Por su parte, la actualización del *software* se puede regular desde una doble vertiente obligacional: como una obligación del licenciante a proporcionar al licenciatario las actualizaciones que, en su caso, resulten de aplicación al *software* objeto de la licencia durante la vigencia o plazos señalados en el contrato y como una obligación del licenciatario a llevar a cabo la instalación de dichas actualizaciones en aras de facilitar el correcto funcionamiento del *software*.

4.1.2 Derechos y obligaciones del licenciatario

El principal derecho que se deriva para el licenciatario en virtud de la licencia de uso de *software* es la obtención de la citada potestad de usar la aplicación informática de conformidad con los términos y condiciones que se estipulen en el contrato, cumpliendo con las instrucciones e indicaciones que figuren en los manuales de usuario del *software*. Entre las restricciones que suelen incluirse en las licencias de uso de *software* puede indicarse, a título enunciativo, las siguientes: no utilizarlo junto a programas maliciosos que puedan afectar al correcto funcionamiento del mismo, limitar su uso a los usuarios autorizados, no alterar, adaptar, modificar o transformar el *software* -incluyendo la no realización de obras derivadas del mismo- ni someterlo a técnicas de ingeniería inversa o de decompilación -todo ello sin perjuicio de los límites a los derechos de explotación que se regulan en el artículo 100 de la LPI, algunos de los cuales admiten pacto en contrario-. En este sentido, el uso indebido del *software* por parte del licenciatario podría dar lugar a contraprestaciones adicionales, a la pérdida de la garantía asociada al correcto funcionamiento del *software* o incluso a indemnizaciones por daños y perjuicios causados a licenciante.

El licenciatario, a cambio de recibir la licencia, deberá abonar la contraprestación económica acordada. En caso de impago, el licenciante podría interrumpir o suspender temporalmente el acceso a todas o a algunas de las funcionalidades del *software*.

4.2 Contrato de desarrollo de *software*

4.2.1 Derechos y obligaciones del proveedor

El principal derecho del proveedor es el recibir la contraprestación económica pactada con el cliente.

Por su parte, su obligación principal es la de ejecutar los trabajos convenidos, de conformidad a las especificaciones del cliente y con sujeción a los hitos definidos por las partes. En suma, elaborar el *software* con la calidad y en los plazos acordados. Una deficiente descripción de las especificaciones llevaría a una subjetividad interpretativa en la recepción de los trabajos, siendo complejo determinar si el proveedor ha incurrido o no en un incumplimiento de lo pactado. Para ello, se precisa que el proveedor confirme que ha entendido correctamente el encargo del cliente a través, por ejemplo, de pruebas de concepto que el cliente valide, y procure que la descripción de las funcionalidades y especificaciones técnicas del *software* solicitado por el cliente se redacten de la manera más detallada posible de cara a evitar malentendidos en cuanto a la interpretación de la calidad o diseño de los entregables. En este punto, es importante precisar que el tenor literal de la obligación principal del proveedor es relevante a la hora de elaborar el contrato de desarrollo de *software*. No podemos olvidar que este tipo de servicios, en ocasiones, son el resultado del trabajo exclusivo del proveedor, pero, en otras, surge del trabajo conjunto de las partes. En cualquier caso, será conveniente incluir en el contrato mecanismos de control para garantizar el flujo continuo de información entre las partes a efectos de que puedan ser más reactivos al cambio.

Entre las obligaciones del proveedor pudiera incluirse, adicionalmente, la de proporcionar formación al personal del cliente en el manejo del programa. Esto es especialmente importante cuando el *software* reviste cierta complejidad o cuando ha sido expresamente desarrollado o adaptado para el cliente. Esta obligación deberá definirse con claridad, indicando el número de horas de formación, la instalación donde se prestará la formación, los materiales empleados, etc.

Otra de las obligaciones que el proveedor tiene respecto del cliente es la entrega de la documentación asociada al *software*, no sólo la dirigida al usuario, sino también la de carácter técnico. El proveedor pretenderá limitar la información contenida en esta documentación si la misma puede llegar a lesionar sus derechos de propiedad intelectual. Habitualmente, el detalle de la información incluida en esta documentación será directamente proporcional a la cesión de derechos que se produzca del proveedor al cliente.

El artículo 100 de la LPI reconoce al cliente el derecho a obtener una copia sobre el *software* que ha sido desarrollado. Es posible que dicha copia sea efectuada por el proveedor, según lo pactado en el contrato o, en ausencia de pacto en el contrato, sea efectuada por el cliente utilizando sus propios medios. Esta copia actuará como salvaguarda ante un posible fallo de funcionamiento del programa y, a tal efecto, en

ocasiones, se establece que la custodia de la última versión del mismo se encomiende a un tercero de confianza, como puede ser un notario o una agencia de *escrow*, como garantía.

Junto con las anteriores obligaciones, el contrato pudiera incluir otras a cargo del proveedor tales como el deber de mantener al cliente puntualmente informado de la progresión del servicio, el deber de dar soporte en las inspecciones o auditorías que pudiera realizarle el cliente, el deber de garantizar la calidad de los trabajos y el deber de colaborar con el cliente.

4.2.2 Derechos y obligaciones del cliente

El cliente tiene como principal derecho la recepción del *software* en los términos y condiciones acordadas, por el que ha abonado al proveedor la correspondiente contraprestación económica. En lo que respecta a la recepción de los trabajos, es frecuente que las partes estipulen cómo se hará entrega de los trabajos. Esta entrega comprenderá un derecho de verificación final del *software* a cargo del cliente a través de un sistema de pruebas de conformidad o casos de uso predefinidos entre las partes y que tienen como objetivo verificar, objetivamente, que el desarrollo se ajusta a las especificaciones funcionales y técnicas acordadas en el alcance del proyecto. Si las partes nada estipulan al respecto, parece lógico pensar que, en función de los distintos hitos que se hayan convenido, podrá entenderse como aprobada por el cliente cada fase que haya sido abonada. Es por ello que al cliente le interesa acordar que cualquier pago o verificación por su parte no habrá de eximir de responsabilidad al proveedor por los incumplimientos en los que haya podido incurrir, incluyendo la falta de conformidad del mismo con las especificaciones convenidas. Pero, a su vez, cuando se pacta la obligación del cliente de cumplir con estas verificaciones y recepciones finales, la dejadez de sus obligaciones puede derivar en responsabilidades y consecuencias para el cliente, que puede llegar a aceptar tácitamente el *software*, en aras al principio de seguridad jurídica. En ese sentido, resulta de interés para las partes que el mecanismo de aceptación de los trabajos prevea un plazo preestablecido para la aceptación de los trabajos o la notificación de una falta de conformidad con el alcance acordado que deberá ser comunicada al proveedor para que pueda corregir la falta de adecuación del desarrollo. En el supuesto de retraso injustificado en la aceptación de los trabajos por parte del cliente o su utilización por el cliente en un entorno de producción, es frecuente que el proveedor del *software* prevea que éstos se encuentren tácitamente aceptados por el cliente y poder proceder a la facturación de los servicios prestados y a recibir el pago de los mismos.

La obligación principal del cliente, dentro de este contrato, es el pago del precio. Este precio puede ser una cantidad a tanto alzado, una suma proporcional al número de horas incurridas y materiales empleados o incluso una combinación de ambos conceptos. Respecto al pago, habrá de estarse a lo pactado entre las partes. Conviene destacar que el aplazamiento de pago se utiliza, frecuentemente, como fórmula de garantía de entrega del *software* de acuerdo a lo pactado. En consecuencia, las partes acuerdan que se anticipen ciertos importes al inicio del contrato, que se abonen nuevos importes tras la consecución de determinados hitos y, finalmente, el remanente se entrega al término de los trabajos. Esta fórmula permite al proveedor disponer de importes anticipados con los que poder hacer frente al inicio de los trabajos, y al cliente, retener otro tanto como garantía de la completa finalización de los mismos.

La obligación de colaboración con el proveedor adquiere aún más relevancia si hablamos de la creación del *software* como obra colectiva. Pero más allá de la colaboración de las partes en el proceso de creación, la obligación de colaboración del cliente parece consustancial al contrato de desarrollo de *software* y fruto del consabido principio de buena fe, por ser una prestación necesaria del cliente para la correcta ejecución de las obligaciones del proveedor. Sin embargo, el alcance de la colaboración vendrá determinada por los términos concretos que regulen las obligaciones contractuales. Este deber de colaboración se despliega, a su vez, en las siguientes obligaciones: deber de elaborar el análisis de requerimientos, deber de supervisar el desarrollo de los trabajos, deber de facilitar al proveedor el acceso a la información que sea necesaria para la ejecución del *software*, deber de permitir el acceso a sus instalaciones al personal del proveedor y velar por su seguridad mientras permanezcan en sus instalaciones, deber de contestar las dudas y preguntas que se formulen por el proveedor durante la ejecución del *software*, etc. El cumplimiento de este deber por el cliente es crucial en la consecución del objeto del contrato, hasta tal punto que un incumplimiento del cliente de su deber de colaboración pudiera conllevar la imposibilidad del proveedor de cumplir con los trabajos encargados, sin que de ello derive responsabilidad a su cargo. Específicamente, el deber de colaboración se materializa en la definición de los requisitos técnicos y funcionales del *software* que constituyen el marco objetivo para comprobar posteriormente que los trabajos de desarrollo han sido correctamente ejecutados, desencadenándose la obligación de pago. El análisis pormenorizado de dichos requisitos normalmente exige un esfuerzo considerable para capturar las reglas de negocio requeridas por el cliente, trasladándolas a un análisis funcional y posteriormente a requisitos técnicos y casos de uso. Dada el elevado número de disputas relacionadas con el alcance de los trabajos y el resultado en contratos de desarrollo de *software*, resulta conveniente que las partes no escatimen esfuerzos en fijar sus respectivas expectativas y dependencias antes de iniciar los trabajos de desarrollo. Para cumplir con este deber, es frecuente que el cliente esté interesado y el proveedor reclame el nombramiento de un responsable dentro del cliente, que se encargue de coordinar la relación con el proveedor y canalizar la información que este precise para el desarrollo del objeto contractual.

4.3 Contrato de mantenimiento de *software*

4.3.1 Derechos y obligaciones del proveedor

El principal derecho del proveedor, al igual que ocurre en el contrato de desarrollo de *software*, es el recibir la contraprestación económica pactada con el cliente.

El proveedor tiene como obligación principal el mantenimiento del sistema informático. No obstante, las partes deberían definir en el contrato el alcance específico de esta obligación para delimitar su objeto, eliminando el elemento subjetivo y la tendencia a alcanzar un resultado absoluto.

Respeto de los plazos de intervención, el cumplimiento de los mismos es esencial para considerar cumplido el objetivo de mantener el *software* en óptimas condiciones. Los problemas con el funcionamiento del *software* pueden surgir en cualquier momento, ya que son múltiples los factores que inciden en ello -desde las acciones que el propio usuario realiza en el sistema informático hasta las actuaciones llevadas a cabo por otras personas en la red que pueden influir en el sistema-. Por este

motivo, es importante establecer un calendario completo de actuaciones y/o tiempos de respuesta frente a un determinado evento en el que se plasme nítidamente en qué momento y qué acciones van a realizarse por parte del proveedor. Es habitual distinguir diferentes tipos de intervención -por ejemplo: leve, grave, muy grave- de cara a establecer los plazos de intervención que permitan una reacción de más inmediata -horas- a menos -días- en función de la criticidad del fallo.

El proveedor ha de ser diligente y tal deber incluye la utilización de los materiales necesarios para el fin del contrato. La calidad de los materiales puede ser estándar o determinada por las partes, en función del tipo de *software* que sea objeto del mantenimiento. Para realizar las tareas de mantenimiento es posible que se necesite un *software* adicional. Este *software* también ha de tener una calidad mínima para que su ejecución no dañe ni repercuta negativamente en el *software* objeto del contrato. Tal *software* adicional puede ser de diversa índole, por ejemplo, un programa de prueba.

4.3.2 Derechos y obligaciones del cliente

El cliente tiene como principal derecho la recepción del mantenimiento del *software* en los términos y condiciones acordadas, por el que ha abonado al proveedor la correspondiente contraprestación económica.

La obligación principal del cliente es la de satisfacer el pago del precio convenido con el proveedor. El cliente también está obligado a colaborar con el encargado del mantenimiento del *software*, ya sea el propio proveedor o la persona designada por él. A este respecto, el cliente deberá proporcionar al encargado todos los medios necesarios para el correcto desempeño de sus funciones. En este sentido, reviste especial importancia que el cliente garantice al proveedor que ha obtenido todas las autorizaciones necesarias para que este pueda utilizar el *software* con el alcance necesario previsto en el contrato de mantenimiento sin infringir los derechos de propiedad intelectual del cliente o de terceros.

4.4 Precio, facturación y pago

4.4.1 El precio como elemento esencial del contrato

El pago del precio es la obligación principal del cliente en los contratos de licencia, desarrollo o mantenimiento de *software*. Como elemento del contrato, es fijado por las partes y exige que sea verdadero o real, determinado o determinable y ha de consistir en dinero o signo que lo represente.

El propio contrato puede establecer un precio fijo, establecer mecanismos o hacer referencia a fórmulas para su determinación.

En los contratos de licencia de *software* debemos distinguir si estamos ante una licencia a usuario final, en cuyo caso el usuario abona un precio único o periódico por el uso de la misma, o si estamos ante las llamadas licencias de empresa. Estas últimas se caracterizan por no vincularse a un usuario o dispositivo concreto, sino al volumen de uso que se haga del *software*. Es frecuente, por lo tanto, que el precio se fije, en estos contratos, bien por el número de sesiones que concurren en un mismo tiempo o por el número de usuarios o dispositivos en los que el *software* se descargue, con independencia de si llega a

utilizarse o no. Es importante que, en estos casos, se delimite, de manera clara, los usuarios con acceso a la licencia en las condiciones económicas acordadas, extendiendo el concepto a empleados no solo del cliente sino, en su caso, también a empleados de sus filiales o terceros colaboradores del cliente que deban tener acceso al concreto *software*. Además, en relación a los contratos de licencia de *software* es frecuente que se establezca un precio en escala, inversamente proporcional, de forma que a mayor número de licencias menor precio unitario a pagar por cada una.

Así, en los contratos de desarrollo de *software* es habitual que el precio se fije desde el inicio del contrato en una cantidad a tanto alzado, o bien que las partes acuerden un presupuesto abierto que se definirá al final de la ejecución de los trabajos en base a las horas incurridas y los materiales empleados; en muchos casos, el precio es finalmente una suma de ambas posibilidades, dado que, a pesar de haberse pactado un precio cerrado, es habitual que durante la vida del contrato puede que se produzca algún cambio de alcance con nuevos requerimientos o desarrollos, que, por lo general, son facturados en base a los medios humanos y materiales empleados en ello. La fijación de un precio como tanto alzado o con base en precios unitarios calculados sobre los recursos humanos y materiales empleados depende del grado de madurez tecnológica de las respectivas organizaciones y de su capacidad para gestionar un contrato a través de la definición del alcance, previendo todos los costes necesarios para la obtención de un determinado resultado. De ahí la importancia de definir de manera precisa, en aquellos contratos que fijen la contraprestación a tanto alzado, cuál es el objeto del contrato -el *software* a desarrollar- a fin de no incurrir en sobrecostes no deseados.

En los contratos de mantenimiento, por el contrario, se suele pactar un precio anual, prorrateado mensualmente. Se puede vincular, incluso, al propio precio de la licencia de *software*, como un porcentaje sobre este, de forma que siempre guarden la misma proporcionalidad. En los contratos de mantenimiento de *software* es muy importante delimitar claramente el precio que se abona por tales servicios de mantenimiento, sobre todo si el mantenimiento es accesorio a un contrato de desarrollo o de licencia de *software*. De lo contrario, cabe la posibilidad de que el proveedor encuentre dificultad en el cobro del precio, entendiendo que dentro del precio global del propio contrato de desarrollo o de licencia se encuentran comprendidos los servicios de mantenimiento correctivo, como parte de la garantía otorgada por el proveedor.

Sin embargo, el carácter cierto del precio puede verse modificado por la existencia de descuentos, bien por pronto pago o bien por cualquier otra causa, que, en cualquier caso, afectan directamente al precio pactado. Cuestión distinta son las bonificaciones o las penalizaciones que hayan sido pactadas con el proveedor, pues, aunque afectan al precio, responden a conceptos distintos.

4.4.2 Elementos que componen el precio

Es habitual que, en el cálculo del precio, el proveedor pretenda repercutir todos los costes y gastos por cuenta del proveedor, más el beneficio esperado. Entre estos costes y gastos podrían identificarse los siguientes:

- El coste de la mano de obra empleada en contratos de desarrollo o mantenimiento de *software*, generalmente en función de las horas de trabajo invertidas.

-
- El coste de posibles licencias de otros programas -diseño, programación, etc.- que pudieran ser necesarios para la ejecución de los trabajos.
 - El coste de los derechos de propiedad intelectual que se transfieren, que deberá recogerse expresamente en el contrato.
 - El coste de la mano de obra indirecta empleada en la organización y funcionamiento de la empresa.
 - El coste de amortización de equipos y edificios.
 - El coste financiero.
 - Contratación de seguros.
 - Obtención de avales.
 - El tipo de cambio, en caso que el proveedor trabaje en una moneda diferente de la del contrato.
 - Los impuestos que gravasen el *software*, su fabricación y, en su caso, importación.
 - Otros gastos en los que pueda incurrir el proveedor.

Existen gastos que el proveedor no repercutirá en el precio, sino que tratará que le sean reembolsados por el cliente; pensemos, por ejemplo, lo relativo a gastos de desplazamiento y dietas. Son estos los gastos reembolsables, debiendo pactarse claramente en el contrato (i) si han de ser justificados y acreditados documentalmente o no; (ii) si han de ser aprobados por el cliente, previamente a incurrir en ellos; (iii) si se encuentran limitados a un monto previamente pactado. Estos gastos se cargarán como suplidos, al margen de la facturación del precio, y serán abonados en los plazos pactados entre las partes.

4.4.3 Cláusulas de estabilización de precios

Las cláusulas de estabilización de precios son propias de los contratos cuya ejecución se extiende a lo largo de más de un ejercicio económico. Son consecuencia de los procesos inflacionistas y de la pérdida de valor de la moneda pactada. En los contratos de desarrollo de *software* son poco habituales. Distinto es si hablamos de un contrato de licencia o de mantenimiento de *software*, donde los servicios suelen continuar varias anualidades.

Mediante las cláusulas de estabilización, las partes buscan que la prestación consistente en la entrega de una cantidad de dinero represente, en el momento del pago, el mismo valor que dicha cantidad de dinero tenía en el momento de nacer la obligación.

La cláusula de estabilización debe especificar en qué condiciones se llevará a cabo la revisión -por ejemplo, anualmente o ante ciertos eventos-, qué componentes del precio son los afectados y cómo se determinará el nuevo precio. Es especialmente relevante poner el foco en estas cláusulas en los contratos de mantenimiento. Una vez el cliente ha adquirido la licencia y abonado el precio de la misma, su derecho de uso puede no tener una limitación temporal, si bien de poco le servirá al cliente si no se acompaña de los correspondientes servicios de mantenimiento. Las empresas informáticas pueden reservarse la facultad de revisar el precio del mantenimiento, vinculando al cliente a la continuidad de estos servicios si no puede o no quiere desprenderse de la licencia, y llegando a abonar cantidades que pueden incrementarse año tras año.

Una manifestación de las cláusulas de estabilización son las llamadas cláusulas de actualización, que llevan a cabo el ajuste del valor de la deuda de dinero mediante su revisión con referencia a índices de precios publicados por organismos oficiales o por organismos con reconocido prestigio nacional o internacional.

No debe confundirse la revisión de precio -donde no existe cambio en la obligación principal- con el cambio de alcance -modificación del precio por modificación de la obligación principal-. Ya se ha avanzado la importancia de definir claramente las especificaciones del proyecto informático a fin de evitar sobrecostos. A mayor claridad en la definición, sobre todo si se habla de un desarrollo de *software*, menores posibilidades de que el proyecto requiera incrementos derivados de trabajos no considerados inicialmente en el alcance definido por las partes.

4.4.4 Cláusula *rebus sic stantibus*

La cláusula *rebus sic stantibus* es una cláusula que se entiende implícita en los contratos duraderos o de *tracto sucesivo*, tácitamente querida por los contratantes, de acuerdo a la cual la vinculación contractual tiene vigor *rebus sic stantibus*; esto es, si las cosas o las circunstancias se mantienen así, en el estado existente en el momento de la contratación. Tendrá, en consecuencia, su aplicación más visible en los contratos de licencia y de mantenimiento.

La cláusula no hace referencia explícita a una alteración en el contrato como consecuencia de una devaluación monetaria o de una pérdida de valor del dinero, sino que aparece referida, de una forma más general, a la modificación de las circunstancias cualesquiera que estas sean -una devaluación monetaria no pondría en movimiento por sí misma esta cláusula, salvo que sea de proporciones absolutamente imprevisibles-.

La doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo discuten si la aplicación de la cláusula da lugar a la resolución del contrato o simplemente a la modificación del mismo ajustando las prestaciones de las partes. La posición mayoritaria se inclina por esta última tesis.

El Tribunal Supremo ha señalado los requisitos y circunstancias necesarias, claramente excepcionales, para que la cláusula pueda ser de aplicación. Pueden resumirse de la siguiente forma:

- Ha de tratarse de una relación obligatoria de *tracto sucesivo*, es decir, de una relación obligatoria duradera en el tiempo.
- La relación obligatoria de que se trate ha de encontrarse pendiente de ejecución, en todo o en parte.
- La base del negocio ha de sufrir una alteración o desaparición sobrevenida. Ello acontece cuando (i) la relación de equivalencia o proporcionalidad entre las prestaciones se destruye totalmente, de manera que no pueda hablarse ya de prestación y de contraprestación; y (ii) la finalidad común del negocio expresada en él o la finalidad sustancial del negocio para una de las partes, admitida y no rechazada por la otra, resulta inalcanzable.
- La desaparición de la base del negocio ha de producirse como consecuencia de una alteración de las circunstancias que debe considerarse como extraordinaria, en relación con

las existentes en el momento de la celebración del contrato y que, además, resultará en aquel momento radicalmente imprevista e imprevisible -no deben de tenerse en cuenta cuando la alteración de las circunstancias era previsible o se encontraba en la esfera de influencia de la parte perjudicada; o cuando el riesgo haya sido el motivo determinante del negocio-.

- La alteración sobrevenida de las circunstancias debe determinar un perjuicio que resulte injustificado de acuerdo con el sistema de responsabilidad establecido por la obligación.

De concurrir los anteriores elementos, las partes podrán requerirse el restablecimiento del equilibrio contractual, que puede pasar por la modificación del precio acordado originalmente.

4.4.5 Facturación y pago

Es conveniente que el pago del precio se ajuste a un procedimiento pactado entre las partes, que determine el momento de emisión de la factura.

Y es que, antes del pago, es necesario que se produzca la emisión de la factura por el proveedor, el envío de la misma al cliente y la revisión por este de la adecuación de la factura en el detalle de la misma al hito de pago y/o trabajos ejecutados, incluyendo la aceptación de los trabajos, así como a aquellas cuestiones que acordaron incluirse en la misma.

En los contratos de licencia, el pago del precio es frecuente que se produzca al inicio o al término de la anualidad. En el primero de los casos, las partes acordarán una fórmula de ajuste del precio en función de las bajas y altas producidas durante la anualidad -bien estableciendo una media, una foto fija a una fecha concreta, etc.-, que determinará un pago al final de la anualidad o un reembolso al cliente.

En los contratos de desarrollo de *software*, como un mecanismo de control del cliente, suele pactarse un fraccionamiento del precio, aplazando el pago de parte del mismo al final de la ejecución, recepción de los trabajos y comprobación de que todo funciona correctamente -llegando incluso a diferirse el pago del resto del precio a la finalización del periodo de garantía-. Este fraccionamiento debe recogerse expresamente en el contrato, por expresa aplicación del artículo 1.599 del Código Civil. Si no se pacta nada, se entenderá que no existe fraccionamiento, salvo que sea costumbre -con base en los artículos 1.258 del Código Civil y 2 del Código de Comercio-. Si tampoco pudiera alegarse la costumbre, la regla general del artículo 1.599 del Código Civil es la de pago a la entrega del *software*.

En los contratos de mantenimiento de *software*, el precio suele pactarse mediante un pago único al inicio de la anualidad, o por periodos mensuales, trimestrales o semestrales.

La factura deberá emitirse de acuerdo con lo que las partes hayan estipulado, bien simultáneamente con el entregable final, antes de la entrega o con posterioridad a la entrega y aceptación del trabajo o incluso por hitos.

Más aún, la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales establece la obligación a cargo del proveedor de emitir las facturas en el plazo de 30 días desde la entrega de los trabajos, dando así cobertura legal a la posibilidad

del cliente de exigir que la emisión de la factura y pago sea contra cumplimiento de las obligaciones del proveedor. En cuanto al contenido de las facturas, además de los requisitos que se recogen en la normativa fiscal en relación a la facturación, el artículo 24 del Código de Comercio exige que se incluyan en la misma los datos de inscripción en el Registro Mercantil.

La factura puede ser emitida de forma electrónica, siendo equivalente a la factura en papel y produciéndose la emisión y recepción de la factura por medios electrónicos. Es importante destacar que la expedición de una factura electrónica está condicionada al consentimiento de su destinatario, en este caso del cliente. La factura electrónica, por tanto, es una alternativa legal a la factura tradicional en papel.

La factura electrónica ya no exige que incorpore una firma electrónica. Ahora bien, como toda factura, incluso en papel, ha de garantizar:

- La legibilidad de la factura.
- La autenticidad del origen de la factura, con el fin de garantizar la identidad del obligado a su expedición y del emisor de la factura, que pueden ser la misma persona.
- La integridad del contenido de la factura, para garantizar que su contenido no ha sido modificado.

Finalmente, es de destacar que la factura del proveedor puede ser emitida por el propio cliente; es lo que se llama autofactura.

4.4.6 Garantías de ejecución

En una acepción amplia, toda garantía es un medio accesorio para asegurar el cumplimiento de una obligación o contrato, que persigue ampliar los sujetos responsables y/o el patrimonio sometido a una reclamación por el incumplimiento contractual con el objetivo de asegurar la satisfacción del interés del acreedor.

Este tipo de garantías son utilizadas con carácter general por el sector público para garantizar la correcta ejecución de los contratos adjudicados. En ese sentido, los artículos 106 y siguientes de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, establecen la regla general de constitución de las garantías en los contratos que se celebren con las administraciones públicas. Esta técnica ha sido parcialmente acogida en el sector privado. En el caso de los contratos de desarrollo de *software* que implican proyectos de gran magnitud o de extensa duración, como mecanismo para asegurar el compromiso del proveedor, el pacto de garantías amplía los sujetos responsables y permite una ejecución rápida de su derecho de crédito. Como contrapartida, la inclusión de este tipo de garantías normalmente supondrá un incremento del coste financiero y de los riesgos asociados a un determinado proyecto que repercutirá en el precio.

Dentro de los distintos tipos de garantías posibles, generalmente se pactan garantías personales, esto es, garantías otorgadas sobre la base de la sola solvencia del garante sin afectar bienes o derechos concretos de su patrimonio al cumplimiento de la garantía, aunque nada impediría, en principio, pactar otro tipo de garantías como pudiera ser una retención de un determinado porcentaje de la facturación

de los servicios que sería reembolsado tras su aceptación final por parte del cliente de conformidad con el proceso de aceptación previamente acordado.

En este sentido, reviste especial importancia el análisis y negociación de las diferentes causas de ejecución para verificar que se corresponden con eventos y parámetros objetivos vinculados a la ejecución del contrato, siendo siempre recomendable -desde la perspectiva del proveedor- acordar un mecanismo alternativo a la ejecución de la garantía, como, por ejemplo, el pago en dinero para no impactar innecesariamente la capacidad crediticia del proveedor. Si bien el garante, como cualquier deudor de una obligación, responde del cumplimiento de la garantía con todos sus bienes presentes y futuros -lo que se conoce como el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor recogido en el artículo 1911 del Código Civil-, las garantías personales no conceden al beneficiario derecho de preferencia sobre ningún elemento patrimonial particular del garante. Entre este tipo de garantías se encuentran las fianzas y avales. Pueden definirse como el contrato por el cual una tercera persona -garante, fiador, avalista-, distinta del deudor, se obliga al cumplimiento de una obligación subsidiariamente, es decir, cuando el deudor anterior no la cumpla. Aunque de escaso uso en la práctica, cuando el tercero garante es la empresa matriz del grupo empresarial del deudor estaremos hablando de una garantía de casa matriz o *parent company guarantee*.

En relación a contratos desarrollo o mantenimiento de *software* en los que existan relaciones de subcontratación, es frecuente y recomendable que el proveedor que ocupe la posición de contratista principal exija de sus subcontratistas la emisión de una garantía en los mismos términos exigidos por su cliente final y con arreglo a las mismas condiciones. Dependiendo de la distribución del alcance de los trabajos en la cadena de subcontratación y el grado de dependencia tecnológica e impacto de los servicios prestados por el subcontratista en el resultado final, el importe de la garantía exigida al subcontratista podría variar entre el importe total del contrato principal o del importe del contrato suscrito con el subcontratista.

La garantía es un contrato distinto del contrato de desarrollo de *software* o de cualquier otro tipo cuyas obligaciones se garantizan, pero necesariamente subordinado y accesorio del contrato principal. Este carácter accesorio no impide distinguir entre la obligación del garante y la obligación principal garantizada.

La garantía debe ser expresa. Las obligaciones del garante y el alcance de la garantía se limitan a lo expresamente contenido en la garantía, por lo que ambos extremos deben constar claramente determinados en el documento de la garantía.

En derecho español se conceden importantes beneficios a favor del garante, cuya renuncia, en caso de acordarse, deberá constar expresamente en el documento de la garantía. Tales beneficios son:

- Beneficio de orden: derecho del garante a ser reclamado únicamente después de que el beneficiario haya reclamado el cumplimiento de la obligación al obligado principal.
- Beneficio de excusión: derecho del garante de exigir al beneficiario a no dirigirse contra él hasta que no se hayan ejecutado la totalidad de los bienes del deudor principal. Para poder

aprovecharse de este beneficio, el fiador deberá indicar al acreedor bienes del deudor que sean suficientes para cubrir el importe de la deuda.

- Beneficio de división: consistente en que, si hay varios garantes, se dividirá la deuda entre ellos y el beneficiario únicamente podrá reclamarle la parte que le corresponda.

Por tanto, la fianza, para ser solidaria, y renunciar el fiador al beneficio de excusión, ha de haberse pactado expresamente con tal carácter solidario. Cuando así sea, en caso de incumplir el deudor principal, el acreedor podrá reclamar el total debido al deudor, o bien al fiador solidario, o incluso a ambos a la vez, sin necesidad de acreditar la falta de solvencia del deudor principal. Cuando, en ejercicio de esta posibilidad de elección del acreedor principal, sea el fiador quien pague la deuda, este podrá repetir lo pagado contra el deudor principal.

5 ACUERDOS DE NIVEL DE CALIDAD DEL SERVICIO

El acuerdo de nivel de servicio (ANS) consiste en una parte integrante del contrato en el que se estipulan los niveles de un servicio en función de una serie de parámetros objetivos, establecidos de mutuo acuerdo entre ambas partes. Refleja el nivel operativo de funcionamiento y las consecuencias que hayan podido ser acordadas entre las partes, tales como la aplicación de penalizaciones por caída de servicio, el aumento de la contraprestación a favor del proveedor, la limitación de responsabilidad por falta del servicio, etc.

Los ANS existen, en su forma más elemental, desde hace mucho tiempo; por ejemplo, los contratos de suministro de agua o electricidad. Pero han sido las empresas de telecomunicaciones y de informática las que han popularizado su uso. La razón es que los servicios de estas empresas son enormemente flexibles y versátiles, con lo que la selección de las prestaciones adecuadas es difícil y el control de calidad complejo. La consecuencia de todo esto es que las expectativas y concepto de calidad entre proveedor y cliente van a diferir si no se fijan y documentan *a priori*.

Este modelo no ha de estar relacionado necesariamente con la contratación de servicios a terceras partes, sino que puede implantarse a nivel interno, transformando una determinada unidad de negocio en centro de servicios que provea a la propia compañía.

En esta parte del contrato se describe y se obliga al proveedor a un nivel específico de calidad en los contratos de mantenimiento o desarrollo de *software*.

Los principales puntos a cubrir deben ser: tipo de servicio, soporte a clientes y asistencia, provisiones para seguridad y datos, garantías del sistema y tiempos de respuesta, disponibilidad del sistema, conectividad, multas por caída del sistema, plazos de respuesta y número de tareas desarrolladas conforme un calendario de actividades predefinido.

Un ANS debe contener una descripción clara del servicio a prestar, tanto de lo que sí es parte del servicio como lo que queda excluido, e irá acompañada de la cuantificación de algunos parámetros de carácter técnico que enmarquen el volumen del servicio a prestar, así como otros parámetros o indicadores objetivos que definan el nivel de calidad comprometido.

En este sentido, el compromiso sobre un determinado ANS deberá considerar el volumen de tareas objeto de medición a efectos de garantizar que los porcentajes de cumplimiento se calculen sobre una base de eventos suficientemente amplia, la dispersión tecnológica que podría conllevar la necesidad de dimensionar un equipo mínimo para poder prestar soporte en diferentes tecnologías, así como las dependencias del cliente y/o terceros contratados directamente por el cliente, en el cumplimiento de los objetivos de calidad.

En cuanto a su posible implantación en acuerdos con proveedores, han de tenerse en cuenta una serie de factores clave, de los que va a depender en gran medida la obtención de los resultados deseados: definición de objetivos -mejora de la eficacia, reducción de costes, formalización de la relación-, identificación de las expectativas, adecuada planificación temporal, optimización/rediseño de procesos, etc.

Partiendo de la base de la necesidad de contar con un ANS adaptado a las necesidades reales del cliente, lo importante no es tanto la existencia del ANS y de las penalizaciones que contemple ante su incumplimiento por parte del proveedor, sino también las medidas que contemple el ANS, es decir, la existencia y efectividad de dichas medidas. Como consecuencia, contractualmente deberán establecerse una serie de obligaciones y garantías en virtud de las cuales el proveedor se comprometa a contar con los recursos necesarios para atender los compromisos del ANS.

6 PENALIZACIONES

En la mayor parte de las legislaciones existen previsiones para establecer qué consecuencias puede conllevar el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de un contrato. No obstante, estas previsiones no se suelen aplicar de forma automática, y requieren de una actuación proactiva -y, en muchos casos, judicial- por parte del afectado por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato.

La industria del *software* utiliza con frecuencia cláusulas de penalizaciones en los contratos, en especial los de tracto sucesivo o aquellos que llevan aparejada la entrega de un determinado resultado de acuerdo con un calendario determinado de tal forma que: (i) las partes saben con certeza qué puede ocurrir en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato -lo que tiene generalmente un efecto disuasorio-; y (ii) si llegase el caso de que el contrato no se cumple como corresponde, las consecuencias operan de forma automática, siempre que se haya previsto así, constituyendo el mecanismo de ejecución más expeditivo.

6.1 Concepto de cláusula penal

Mediante lo que llamamos cláusula penal, las partes de un contrato convienen en que, en caso de incumplimiento de las obligaciones asumidas o en caso de cumplimiento defectuoso de las mismas, las consecuencias que se van a generar son las que allí se establecen. Es decir, es la obligación sustitutiva que el deudor se compromete a cumplir en caso de incumplimiento de su obligación original, cumplimiento defectuoso o retraso de su obligación original.

Al ser una consecuencia que no se deriva directamente de la legislación vigente, es importante tener en cuenta que: (i) debe pactarse expresamente; (ii) es accesoria de la obligación principal; (iii) sólo opera si hay un incumplimiento o un cumplimiento defectuoso; (iv) no opera en caso de inexistencia de dolo o culpa de la parte incumplidora; y (v) debe ser proporcionada.

La cláusula penal puede cumplir cualquiera de las siguientes funciones, que deben ser expresa y claramente definidas en el contrato -de lo contrario cumpliría una función meramente resarcitoria y sustitutiva-:

- Función de garantía de cumplimiento del contrato, con finalidad coercitiva; esto es, con el fin de estimular el cumplimiento del contrato.
- Función sustitutiva y resarcitoria de la indemnización de daños y perjuicios causados o función liquidadora del daño a la parte cumplidora, favoreciendo la liquidación de los daños y perjuicios en los que pueda incurrir la parte incumplidora, al venir previamente determinados y cuantificados.
- Función liberatoria, constituyéndose en obligación sustitutiva del cumplimiento.
- Función punitiva, al margen de la indemnización de daños y perjuicios que pueda pactarse, y que podría actuar conjuntamente con alguna de las funciones ya mencionadas, si así se pacta entre las partes.

Aunque la cláusula penal conlleva una mayor claridad en la determinación de la situación de las partes tras el incumplimiento -a qué tiene derecho la perjudicada y qué tiene que hacer la incumplidora-, ello no obsta a que en algunas ocasiones el cumplimiento de la cláusula penal deba reclamarse judicialmente. En este sentido, es importante recordar que los Juzgados y Tribunales tienen, además, una facultad moderadora de la penalidad económica en el caso de cumplimientos irregulares o defectuosos, de forma que será necesario determinar en el contrato la efectividad de la cláusula penal en función del grado de cumplimiento del contrato. En consecuencia, carece de toda lógica el establecimiento de cláusulas con importes desorbitados y sin ninguna proporcionalidad con el contenido de la obligación principal que viene a garantizar pues la misma está abocada a verse reducida por un Juez.

6.2 Penalizaciones en los contratos de desarrollo de *software*

La cláusula penal en los contratos de desarrollo de *software* frecuentemente está vinculada al cumplimiento de los hitos de entrega, de forma que se reconocen ciertos pagos a favor del cliente en el caso de que se produzcan retrasos respecto de los plazos convenidos entre las partes, bien por días, semanas o meses. No obstante, en desarrollos más complejos, adicionalmente las penalizaciones pueden estar vinculadas a determinados parámetros objetivos relacionadas con el alcance de las prestaciones, lo que normalmente se traduce en la verificación del cumplimiento de las especificaciones técnicas y funcionales previamente definidas por las partes.

Para que la cláusula penal despliegue sus efectos será necesario que los retrasos sean plenamente imputables al proveedor, de forma que no dará lugar a exigir penalizaciones al proveedor en aquellos casos en los que los retrasos sean debidos a cambios de alcance solicitados por el cliente tal y como han

venido reconociendo nuestros Tribunales. Esta exoneración de responsabilidad reviste especial importancia cuando la ejecución de los trabajos dependa del correcto cumplimiento de obligaciones a cargo del cliente o de sus subcontratistas que se encuentren fuera del control del proveedor. Tampoco desplegará sus efectos si los retrasos no son imputables al cliente ni al proveedor, salvo que otra cosa se hubiera pactado en el contrato. Pensemos, por ejemplo, que se publicasen unas nuevas especificaciones técnicas obligatorias, o un cambio regulatorio impusiese nuevas obligaciones al proveedor, lo que debería gestionarse a través del mecanismo de control de cambios previsto en el contrato.

En los casos donde se incluyen penalizaciones y/o retenciones como mecanismos de incentivar el cumplimiento del contrato, es importante definir, claramente, la función que cumple la cláusula penal en el contrato, dado que en caso de no estipularse nada al respecto, operará con una función sustitutiva y resarcitoria imposibilitando, a la parte cumplidora, la exigencia de daños y perjuicios adicionales al monto de la cláusula penal. Asimismo, es recomendable no establecer importes económicos desorbitados en concepto de cláusula penal respecto de la obligación principal, aunque sí suficientes y proporcionados para cumplir con la función coercitiva originaria de la cláusula penal. Puede pactarse una cantidad a tanto alzado o un porcentaje sobre el precio global del contrato o sobre el precio de la parte pendiente de ejecutar. Es necesario definir los supuestos en los que será exigible la cláusula penal -incumplimiento total del contrato, cumplimiento irregular, demoras y/o retrasos en la entrega, etc.-.

La práctica más habitual configura las cláusulas penales con función liquidadora del daño y, por tanto, sustitutiva de la indemnización de daños y perjuicios exclusivamente en relación al concepto a que se refieren. Por ejemplo, si pactamos penalidades por retrasos en la entrega, ello no debe afectar a daños y/o perjuicios que se puedan derivar de incumplimientos distintos a los retrasos en las entregas.

7 LUGAR DE PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS

En los contratos de desarrollo y mantenimiento de *software*, las partes pueden pactar en el contrato dónde se va a realizar el servicio. En el caso de contratos de desarrollo, la ejecución desde las instalaciones del proveedor tiene como ventaja principal evitar los costes de desplazamiento. En el caso del contrato de mantenimiento, lo normal es que, si el mantenimiento no se efectúa desde las oficinas del proveedor, se haga en el lugar donde efectivamente se encuentra instalado el *software*, es decir, en las instalaciones del cliente.

Cuando sea el proveedor quien se traslade al lugar donde se encuentre el cliente, ambas partes deben actuar cumpliendo una serie de deberes que a continuación se mencionan.

El proveedor debe respetar las normas y protocolos de acceso y seguridad a las instalaciones del cliente. Debe comportarse como un trabajador más del lugar donde se encuentra el cliente, aunque conservando su posición y su independencia con respecto a los trabajadores del equipo del cliente. El proveedor deberá informar de todas las incidencias que se produzcan mientras que está desempeñando sus funciones en las instalaciones del cliente.

Si el proveedor necesitara, ocasionalmente, usar recursos de las instalaciones del cliente para realizar las tareas de desarrollo y/o de mantenimiento, deberá informar al cliente y obtener su autorización, informándole de los recursos que necesita y su finalidad.

El cliente podrá designar un interlocutor que supervise las tareas realizadas por el proveedor. El interlocutor puede hacer de enlace entre el cliente y el proveedor, aunque formando parte del equipo del cliente deberá seguir las órdenes de este y no del proveedor. Las sugerencias o cuestiones que le plantee el proveedor serán trasladadas al cliente a la mayor celeridad posible, para agilizar las gestiones y mejorar la eficacia del servicio.

Asimismo, deberá poner a disposición del proveedor los materiales necesarios para la prestación del servicio en cuestión, siempre que sean proporcionados a las tareas que lleve a cabo el proveedor.

El cliente deberá otorgar autorización expresa al proveedor para acceder a sus sistemas informáticos. Pueden pactarse en el contrato los días y horarios en los que dicho acceso remoto va a ocurrir, pudiendo así el cliente tener control de las operaciones realizadas por el proveedor y asistirle en lo que fuera necesario.

8 CONFIDENCIALIDAD

8.1 Importancia de la confidencialidad de la información

La información de cualquier entidad es un activo de valor estratégico; más aún cuando hablamos de obras sujetas a derechos de propiedad intelectual, como es el caso del *software*.

En función de la descripción de la información confidencial que acuerden las partes involucradas en la revelación o intercambio de dicha información, podrá ser tenida por información confidencial desde un único documento entregado en soporte físico o electrónico -respecto del cual se haga constar expresamente su carácter confidencial- hasta cualquier información que una parte entregue a otra o que las partes se intercambien y que sea susceptible de ser comunicada por cualquier medio, incluidas la revelación oral, el acceso visual a la información confidencial y/o la inclusión de la misma en cualquier tipo de soporte.

A la hora de celebrar cualquier tipo de acuerdo que implique el acceso a información confidencial, es recomendable establecer cláusulas que permitan salvaguardar la información de los riesgos que puedan afectar a su confidencialidad, integridad, autenticidad, trazabilidad y disponibilidad, mediante la aplicación de medidas de seguridad necesarias y alineadas con los requerimientos y objetivos del acuerdo que se celebra. Todo ello con el fin de evitar su divulgación, comunicación pública o utilización indebidas, y garantizar un adecuado nivel de control sobre la misma.

Estas cláusulas son especialmente relevantes en los contratos de desarrollo y mantenimiento de *software*, donde el proveedor puede llegar a acceder a información sensible del cliente -listado de clientes y empleados, proyectos, metodologías, etc.-. El cliente debe garantizar que, por el mero hecho

de acceder a esta información, el proveedor no incurrirá en actos de competencia desleal que puedan llegar a causarle un perjuicio.

8.2 Acuerdos de confidencialidad

Junto a la práctica de incluir cláusulas de confidencialidad en el contrato, a veces sucede que la firma de acuerdos de confidencialidad separados es necesaria para el flujo de las conversaciones entre cliente y proveedor en las que se compartan datos sensibles sobre materias de muy variada índole, o incluso cuando se facilita una fase de prueba piloto previa del propio programa de ordenador. Y dicho acuerdo de confidencialidad suele formalizarse con carácter previo a la celebración del contrato de servicios.

En estos casos, tales acuerdos de confidencialidad se considerarán contratos accesorios de aquel contrato principal cuya celebración será posterior a la del acuerdo de confidencialidad, pudiendo suceder que a resultas de las conversaciones e intercambios de información mantenidos entre las partes dicho contrato principal no llegue finalmente a celebrarse. De ahí la necesidad de fijar en el acuerdo de confidencialidad un plazo lo suficientemente amplio y protector de los intereses de las partes respecto a la información revelada y/o intercambiada durante el cual la obligación de mantener la confidencialidad será exigible entre las partes. En cualquier caso, es importante identificar claramente en estos acuerdos cuál es el objeto de la revelación o intercambio de información confidencial.

8.3 Duración de las obligaciones de confidencialidad

Ya se trate de cláusulas de confidencialidad insertadas en un contrato o de un acuerdo de confidencialidad separado, la cuestión de la duración de las obligaciones de confidencialidad reguladas en un determinado instrumento contractual resulta clave a los efectos de dar a la información confidencial implicada la mayor protección posible y de garantizar a la empresa reveladora el más elevado nivel de seguridad jurídica.

En consecuencia, se debe establecer un plazo de duración de las obligaciones de confidencialidad que cubra suficientemente el ciclo de vida de dicha información, atendido al contenido de la misma; esto es, que su comunicación pública no cause perjuicio alguno a la entidad reveladora.

La inclusión de cláusulas de confidencialidad en un contrato determinado puede plantear la particularidad de que las obligaciones de confidencialidad lleven asociado un plazo de duración mayor a la vigencia pactada por las partes para el resto de obligaciones y derechos derivados del contrato. Esto suele ocurrir cuando se prevé que la información objeto de la revelación no perderá su carácter de confidencial transcurrido el plazo de vigencia acordado para la ejecución del contrato en cuestión.

En el caso de acuerdos de confidencialidad independientes puede suceder, igualmente, que se establezca un plazo concreto durante el cual se producirá la revelación o el intercambio de información confidencial diferente, normalmente inferior, al plazo que pacten las partes durante el cual serán exigibles las obligaciones de confidencialidad.

Con carácter general, es importante distinguir qué parte de la información que se revela devendrá obsoleta y, por tanto, no confidencial, en el corto o medio plazo y qué información es en cambio poco probable que llegue a ser pública, pudiendo llegar a considerarse la inclusión de varios plazos de confidencialidad en un único instrumento. Por ejemplo, confidencialidad ilimitada para aquella parte de la información intercambiada que se considere *know-how* y/o secreto industrial y limitada respecto al resto.

8.4 Objetivos de las cláusulas de confidencialidad

A continuación, se describen los objetivos principales que persiguen las cláusulas de confidencialidad, que son coincidentes con las principales previsiones que deben incluirse en cualquier cláusula y/o acuerdo de confidencialidad:

- Que la información se proteja de acuerdo a las medidas que correspondan en atención a la naturaleza de la información.
- Que la información sea considerada, por la parte receptora, como confidencial por el plazo que expresamente se pacte. Debe tenerse presente que dicha información puede ser propiedad de la parte reveladora o incluso de un tercero y, en cualquier supuesto, debe igualmente garantizarse su confidencialidad.
- Que la información, por el mero hecho de ser revelada, no deje de ser propiedad de la parte reveladora o su legítima propietaria.
- Que la información sea utilizada, exclusivamente, para el fin determinado por la propia relación contractual, que será el fin para el que se revele y que vendrá detallado expresamente en el propio contrato donde se inserte la cláusula de confidencialidad o, en su caso, en el acuerdo de confidencialidad independiente.
- Que la información no sea divulgada a terceros ni reproducida sin autorización de la parte reveladora, y concediendo acceso a ella únicamente a aquellas personas relacionadas con la parte receptora de la información y/o que deban conocerla para el buen fin de la relación contractual o negociaciones en cuestión.
- Que la información sea destruida por la parte receptora o devuelta a la parte reveladora al término de la relación contractual o cuando esta última lo requiera, según se haya pactado.
- Que las obligaciones de confidencialidad se sometan expresamente a un plazo de vigencia concreto, pudiendo ocasionalmente pactarse un plazo indefinido en función del carácter especialmente sensible y reservado de la información objeto de revelación.
- Si determinadas circunstancias así lo aconsejan, que las restricciones de confidencialidad se refieran también a la existencia misma del propio contrato o acuerdo y/o a los términos o contenido de estos.

8.5 Protección de la información confidencial según la posición en el contrato

Resulta necesario identificar en qué posición concreta estará cada sociedad implicada en un intercambio de información confidencial; esto es, si interviene como parte reveladora de información, como parte receptora o bien se trata de una situación de reciprocidad, en la que las dos o más partes implicadas se intercambiarán información de carácter confidencial.

8.5.1 Como parte reveladora

En aquellos supuestos en los que una entidad interviene como parte reveladora de información -ya sea esta sociedad la única parte reveladora o lo sea conjuntamente con otras-, las principales pautas a seguir con el fin de proteger adecuadamente la información objeto de la revelación son las que se analizan a continuación.

Es importante señalar la importancia de establecer unos límites restrictivos en cuanto al uso que pueda hacer la parte receptora de la información revelada, disponiendo, a título enunciativo:

- Que toda la información que se revele sea considerada confidencial, no únicamente aquella que sea identifique o marque como tal.
- Que la revelación se realice únicamente para el propósito previsto en el contrato que contenga las disposiciones sobre confidencialidad o en el acuerdo de confidencialidad separado, siendo recomendable definir con claridad este propósito.
- Que será confidencial la información revelada tanto por la sociedad concreta que intervenga en la relación en cuestión, como la que eventualmente se revele por terceros que, ocasionalmente, puedan participar en la revelación efectiva de la información confidencial.
- Que estará expresamente prohibido, en relación con la información confidencial objeto de la revelación, solicitar por la parte receptora su protección bajo propiedad intelectual o industrial, cuando todo o parte de la información revelada pueda ser susceptible de protección con arreglo a la legislación vigente de propiedad intelectual o industrial.
- Limitar la posibilidad de copiar o reproducir, por cualquier medio, la información revelada independientemente de su formato, debiendo exigir la devolución de dichas copias. No obstante, resulta habitualmente complicado oponerse a que la parte receptora retenga copias de seguridad automáticas en sus sistemas informáticos por ser una práctica común de la mayor parte de las empresas, lo cual no es óbice para en caso de producirse dicha oposición, establecer un plazo máximo para su borrado.
- Si se establece la posibilidad de que la parte que recibe la información confidencial pueda divulgarla a su vez a sus filiales o a terceros ajenos a la relación, pero relacionados de alguna manera con la parte receptora, habrá de exigirse que los terceros receptores de la información confidencial tengan acceso a la misma sólo para aquellas cuestiones para cuya ejecución sea estrictamente necesario dicho conocimiento -parcelando la información- y siempre que así lo exija la naturaleza de la ejecución requerida y en su caso, el buen fin de

la relación a establecer o establecida entre las partes. En el caso de acceso a la información por terceros será necesario que tales terceros firmen un documento en el que declaren conocer las obligaciones de confidencialidad, asumiéndolas. Como cautela adicional podría establecerse que la revelación a terceros ajenos al contrato de la información confidencial sólo podrá tener lugar cuando la parte receptora disponga de la autorización previa, expresa y por escrito de la entidad propietaria de la información y una vez firmado el documento de asunción de la obligación de confidencialidad.

- Exigir que se destruya la información no devuelta, pidiendo un certificado firmado por persona con poder suficiente en el que se acredite la devolución y/o destrucción íntegras de la información que se hubiera revelado.

8.5.2 Como parte receptora

En aquellos supuestos en los que se interviene únicamente como parte receptora de información confidencial, es decir, cuando en ningún caso va a revelar información a la otra parte interviniente, es importante tener en cuenta las previsiones que se recogen a continuación.

- Que sólo aquella información identificada por escrito como confidencial recibirá este tratamiento, de manera que se facilite su identificación y la adopción, en su caso, de las medidas de seguridad destinadas a su custodia. Si se trata de información revelada oral o visualmente, deberá fijarse un plazo -no muy extenso para que la parte reveladora identifique por escrito dicha información como confidencial, transcurrido el cual la parte receptora podrá entender que la misma no reviste tal carácter.
- Confirmar si será necesario o está previsto compartir la información recibida con determinados terceros que requieran de la misma para la prestación de los servicios contratados por la parte receptora, cuando el buen fin del contrato pueda exigir la inclusión de esta previsión.
- Incluir en el contrato la posibilidad de retener, al menos, una copia de la información recibida en los archivos de la compañía a los fines de cumplir debidamente el contrato o para cumplir eventuales obligaciones legales o judiciales que puedan ser impuestas a la parte receptora, a cuyo efecto deberá identificarse correctamente la información como confidencial.
- Incluir plazos razonables en los que será exigible a la parte receptora el cumplimiento de las correspondientes obligaciones de confidencialidad.

8.5.3 Disposiciones comunes a ambas partes

En la mayor parte de las disposiciones que regulan obligaciones de confidencialidad se suelen incluir excepciones respecto a aquella información que, por diferentes circunstancias, puede no ser considerada confidencial o dejar de serlo en un momento determinado. Estas excepciones se refieren normalmente a los siguientes supuestos:

-
- Información que la parte receptora pueda acreditar haber tenido de forma lícita con anterioridad a la fecha en que le fuera comunicada por la parte reveladora, siempre que dicha información no hubiera sido adquirida directa o indirectamente de esta última.
 - Información que en la fecha en que fuera comunicada por la parte reveladora resultase ser de dominio público.
 - Información que después de ser comunicada por la parte reveladora cayera en dominio público como resultado de su publicación, sin mediar negligencia ni culpa por parte de la parte receptora.
 - Información recibida por la parte receptora de terceros no sujetos a restricción alguna sobre su divulgación, después de la fecha de divulgación por la parte reveladora.
 - Información que la parte receptora pudiera acreditar haber desarrollado de manera independiente sin recurrir a la información confidencial de la parte reveladora.
 - Información que haya de ser puesta en conocimiento y/o entregada a alguna autoridad pública en virtud de mandato legal, por resolución judicial o de acuerdo con las normas de un órgano o entidad de carácter administrativo, económico o de otro tipo que así lo exijan. Estos requerimientos pueden afectar a todo o parte de la información revelada y, habitualmente, se exige que esta circunstancia sea comunicada de inmediato a la parte reveladora a fin de que esta pueda buscar los medios adecuados para prevenir o limitar el alcance de dicha revelación.

8.6 Directiva de protección del *Know-How* secretos industriales y ADPIC

En 2016 fue publicada la Directiva UE 2016/943, del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados - secretos comerciales- contra su obtención, utilización y revelación ilícitas. El objetivo principal de la misma es el de proteger el *know-how* de una entidad, sus secretos industriales. A ella se añade el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad intelectual relacionados con el Comercio (“ADPIC”), que recoge, en su artículo 39, el concepto de lo que debe entenderse por “secreto industrial”, exigiendo tres requisitos: que la información no sea conocida -esto es, que sea secreta-, que tenga valor comercial y que la empresa propietaria de la información haya aplicado medidas razonables para protegerla.

Con la publicación de la citada Directiva se articulan procedimientos y acciones dirigidas a evitar la vulneración del secreto industrial y a proteger a las empresas de posibles violaciones, así como a reparar los posibles daños que se causen. Las actuaciones sancionadas conforme a la Directiva son la obtención no autorizada, la utilización y la revelación ilícitas de los secretos comerciales, actos que se desarrollan en los artículos 2 a 5 con una batería de actuaciones que determinan que el acto en sí se califique de ilícito. La obtención, utilización o revelación de secretos empresariales no serán reprochables cuando se produzcan en ejercicio del derecho de libertad de expresión e información, para poner al descubierto alguna falta, irregularidad o actividad ilegal -siempre que se haya actuado en defensa del interés general-, cuando los trabajadores lo hayan puesto en conocimiento de sus representantes en el marco del ejercicio de sus funciones o con el fin de proteger un interés legítimo.

Respecto a las acciones frente a las conductas ilícitas, la Directiva prevé, junto a la posibilidad de solicitar la tutela cautelar ante supuestas violaciones de secretos industriales, las siguientes acciones:

- Acción de cesación o, en su caso, de prohibición de la utilización o revelación del secreto empresarial, o de la fabricación, ofrecimiento, comercialización o utilización de las mercancías infractoras, o de su importación, exportación o almacenamiento con tales fines.
- Acción de remoción de los efectos de la infracción, mediante la adopción, a expensas del infractor, de medidas correctoras apropiadas.
- Acción de resarcimiento de daños y perjuicios, mediando culpa o negligencia del infractor.
- Acción de difusión de la información relativa a la sentencia que se dicte, incluida su publicación total o parcial, según resulte apropiado.

9 PROTECCIÓN DE DATOS

9.1 Reglamento General de Protección de Datos

En términos generales, el enfoque contractual para garantizar el cumplimiento de la actual normativa de protección de datos personales en los contratos de *software* ha consistido en la inclusión de términos y condiciones de carácter más o menos estándar en los que se regulaban las obligaciones del encargado de tratamiento -proveedor- y las instrucciones que emanaban del responsable de los datos -cliente-. Sin embargo, es preciso hacer hincapié en los recientes y relevantes cambios que a nivel normativo europeo se han producido en materia de privacidad y que, consecuentemente, tienen su impacto en la negociación de estas cláusulas en cualquier contrato de *software* y en las relaciones jurídicas entre proveedores y clientes.

En concreto, se hace referencia al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (RGPD), en vigor desde mayo de 2016 y que tras un periodo de dos años de transición, es directamente aplicable y de obligado cumplimiento sin necesidad de trasposición a los ordenamientos jurídicos de la Unión Europea desde del 25 de mayo de 2018. El RGPD deroga la Directiva 95/46/CE y modifica por completo el paradigma de la privacidad, la seguridad de la información y la protección de datos de carácter personal tal y como lo entendíamos hasta el momento, pasando de un modelo en el que primaba el control del cumplimiento de la normativa aplicable a otro basado en un principio de responsabilidad activa. En este sentido, el regulador europeo deja en manos de responsables y encargados de tratamiento la responsabilidad de analizar los riesgos que el tratamiento de los datos pueda entrañar, adoptar -en su caso- las medidas de seguridad correspondientes y ser capaces de documentar y demostrar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el RGPD.

Si bien no es objeto de la presente guía desgranar el RGPD, conviene resaltar algunas novedades destacables que deberán tomarse en consideración tanto en la redacción y/o negociación de cualquier

contrato de *software* como en la operativa ordinaria en materia de privacidad de responsables y encargados de tratamiento.

Por lo que se refiere al ámbito de aplicación, se aplicará el RGPD si (i) el tratamiento de los datos se realiza en la Unión Europea o utilizando medios ubicados en este territorio, (ii) si el responsable o el encargado tienen un establecimiento en la Unión Europea y tratan los datos dentro del ámbito de su actividad en tal establecimiento, (iii) si el tratamiento de datos personales por parte de un responsable o encargado no establecido en la Unión Europea tiene lugar cuando los interesados o afectados residan en la Unión Europea y cuando las actividades de tratamiento estén relacionadas con la oferta de bienes o servicios a dichos interesados en la Unión Europea o el control de su comportamiento, o (iv) si es de aplicación la ley española o comunitaria en virtud del Derecho internacional público. Las situaciones anteriormente descritas son relativamente comunes en los contratos de desarrollo y/o de mantenimiento de *software* de empresas con sistemas de información centralizados y presencia mundial o en la deslocalización de procesos productivos a países ubicados fuera de la Unión Europea.

Adicionalmente el RGPD proyectará sus efectos en la cadena de subcontratación, obligando a que clientes y proveedores trasladen los estándares de protección de la Unión Europea en materia de privacidad a lo largo de la cadena de subcontratación para garantizar el cumplimiento de dichas normas en territorios fuera de la Unión Europea. Así las cosas, cuando un encargado del tratamiento recurra a otro encargado -que adoptará el rol de subencargado- para llevar a cabo las tareas encomendadas por el responsable del tratamiento, el encargado inicial deberá velar porque el subencargado cumpla con las mismas obligaciones de carácter técnico y organizativo que el responsable le impuso.

Es en el seno de esta problemática donde las reglas corporativas vinculantes o *binding corporate rules* previstas por la Unión Europea despliegan todos sus efectos en relación al principio de responsabilidad activa, al permitir la transferencia internacional de datos personales dentro de una determinada organización siempre que sus procesos, políticas internas, directrices y contratos hayan sido previamente aprobados por la Unión Europea como un mecanismo válido para garantizar un nivel de protección equivalente y permitir el intercambio internacional de datos personales dentro de una determinada organización.

Por lo que respecta al encargado de tratamiento -proveedor-, la mayor novedad conceptual del RGPD es su nueva consideración, por cuanto la normativa hace extensible a este prácticamente las mismas obligaciones, responsabilidades y potenciales sanciones que se establecen para el responsable del tratamiento -cliente-, por lo que el proveedor debe prestar especial atención a la cláusula de protección de datos e incorporar a sus procesos internos las medidas de seguridad que le sean exigidas por el cliente, así como las directrices de la normativa europea en materia de protección de datos de carácter personal en consonancia con los principios de protección de datos desde el diseño y por defecto. A estos efectos, conviene destacar la necesaria revisión de aquellos contratos que estén en vigor de cara a adecuar la cláusula de encargo de tratamiento al contenido mínimo requerido por el RGPD a estos efectos.

9.2 Tratamiento de datos personales del proveedor por el cliente

Es frecuente que, en determinados contratos de *software*, el cliente acceda a datos de carácter personal del proveedor. Esto ocurre, por ejemplo, cuando el acceso a los datos se realiza para controlar las entradas y salidas de los empleados del proveedor de las instalaciones del cliente, los tiempos de trabajo las capacidades del personal del proveedor para la ejecución del trabajo o el cumplimiento de las obligaciones laborales y relativas a la seguridad social seguridad por parte del proveedor respecto de dichos empleados.

En los contratos de prestación de servicios de desarrollo y/o mantenimiento de *software* será interesante solicitar del proveedor cierta documentación laboral que contiene información de sus empleados -TC1, nóminas de los empleados del proveedor, etc.- con el fin de eludir posibles responsabilidades frente a la Tesorería General de la Seguridad Social, todo ello de conformidad con el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores y con la normativa de protección de datos de carácter personal, ya que parte de la información contenida en dichos documentos podría tener la consideración de dato sensible.

En este caso, a diferencia del que se verá en el apartado siguiente, el acceso a los datos por parte del cliente no se produce como consecuencia de una prestación de servicios y/o ejecución de trabajos que realiza el mismo, dado que este es receptor de los servicios y/o trabajos; por este motivo, el cliente no ocupa la condición de encargado del tratamiento, sino que es cesionario de unos datos que habrá de organizar en un fichero de su responsabilidad y aplicar las medidas correspondientes en función de los tratamientos realizados y de las categorías de datos tratados.

Sin embargo, al no ostentar la condición de encargado del tratamiento, para que pueda producirse la cesión de los datos al cliente por parte del proveedor, y el posterior tratamiento de estos, a pesar de no ser necesario el consentimiento, si es necesario informar previamente al titular del dato.

El planteamiento anterior de la Agencia Española de Protección de Datos se modifica, de forma radical, en el Informe 412/2009, que pasa a rectificar el criterio sostenido hasta el momento y concluir que la entrega de los TC1 y TC2, así como de las nóminas de los empleados de la contrata que intervengan en la prestación de servicios al empresario principal, no constituye una cesión de datos ilegal; si bien, esta comunicación lo ampara en la prestación del servicio que realiza el contratista, siempre que estemos hablando de contratos de obras y/o servicios de la propia actividad y se informe previamente al titular del dato. Como la relación con los empleados del proveedor la ostenta este, será necesario que el cliente traslade al proveedor en el contrato la obligación de informar a sus empleados de esta cesión de conformidad con los artículos 13 y 14 del RGPD.

No debemos olvidar, en cualquier caso, que los empleados de dichos contratistas pueden en cualquier momento ejercitar cualquiera de los derechos que les otorga la normativa respecto a sus respectivos datos personales. De ahí la necesidad de incluir una forma de contacto a efectos de posibilitar su ejercicio.

9.3 Tratamiento de datos del cliente por el proveedor

Cuando un proveedor de servicios tecnológicos presta servicios de desarrollo y/o mantenimiento de *software* a un cliente, una de las cuestiones que no se debe pasar por alto es el régimen jurídico de protección de datos. Cualquier empresa es plenamente consciente de que cuestiones como el tiempo de respuesta y la adecuada resolución de incidencias en los sistemas informáticos son elementos esenciales en un servicio de *outsourcing*, pero no todas están concienciadas acerca de los riesgos que supone permitir acceso a un sujeto externo a información de la empresa. Ya sea ejecutando tareas de administración continuada sobre las herramientas informáticas del cliente, ya sea prestando servicios de mantenimiento preventivo, correctivo o evolutivo, el proveedor posiblemente accederá a información del cliente de muy distinta índole. Buena parte de esta tendrá la consideración de dato de carácter personal dada la definición amplia prevista en el RGPD que considera dato personal a cualquier información que pueda ser vinculada a una persona física individualizada o individualizable, incluyendo expresamente en esta categoría datos de localización, direcciones IP e identificadores online.

El RGPD establece una obligación genérica para el responsable del tratamiento en aquellos supuestos en los que un tercero realiza un tratamiento por su cuenta -encargado de tratamiento-. En este sentido, el RGPD pone al responsable del tratamiento en la situación de tener que elegir un encargado de tratamiento que ofrezca garantías suficientes para aplicar medidas técnicas y organizativas apropiadas, de forma que el tratamiento se realice conforme al propio RGPD pero que, adicionalmente, garantice la protección de los derechos del interesado y titular de los datos de carácter personal. De la lectura del artículo 28 del RGPD se pueden extraer algunas conclusiones que afectan directamente a la negociación de la cláusula de protección de datos en los contratos de *software* pero también, y de forma previa, a la correcta elección del proveedor. Se impone al responsable del tratamiento la explícita obligación de asegurarse que el proveedor del *software* -encargado de tratamiento- garantice la aplicación en su corporación de suficientes medidas técnicas, organizativas y de seguridad para garantizar la protección de los datos de los interesados. La no observancia de esta obligación podría ser tenida en cuenta por la autoridad nacional competente en materia de protección de datos de carácter personal para iniciar el procedimiento de inspección o sancionador correspondiente contra el responsable del tratamiento. Como consecuencia de la obligación anterior impuesta al responsable, el encargado de tratamiento -proveedor- deberá implementar medidas técnicas, organizativas y de seguridad suficientes para poder garantizar y demostrar a su cliente el correcto tratamiento de los datos de carácter personal a los que tenga acceso. Así las cosas, y por lo que respecta a estas obligaciones, no se trata únicamente de reflejarlas en el contrato o clausulado correspondiente sino de implantar las medidas adecuadas en cada una de las organizaciones y ser capaces de probar el cumplimiento de las mismas -principio de responsabilidad efectiva-.

Por lo que se refiere a los elementos que deben incorporarse al contrato de tratamiento de datos del cliente por cuenta del proveedor, la normativa vigente exige que se incorporen aspectos tales como, (i) tratar los datos conforme a las instrucciones del cliente, (ii) no utilizar los datos para finalidades diferentes a la prestación del servicio de mantenimiento y (iii) establecer determinadas medidas de seguridad que garanticen un nivel de protección adecuado de acuerdo con la naturaleza de los datos. Este compromiso escrito puede incluirse en una cláusula del contrato de prestación de servicios

principal, en un anexo al mismo o en un documento independiente. Adicionalmente, a partir del 25 de mayo de 2018 -fecha en que comienza a ser aplicable el RGPD-, el contenido que debe incluirse en el citado contrato se amplía. Así, las entidades que tengan formalizados tales contratos deberán introducir ciertas disposiciones adicionales para reflejar, entre otros requisitos, (i) que el encargado trate los datos personales siguiendo instrucciones documentadas del cliente, (ii) que los empleados del proveedor que presten el servicio deben estar sujetos a una obligación de confidencialidad, (iii) que el proveedor implantará las medidas de seguridad adecuadas, pudiendo demostrar que cumple con esta obligación mediante la adhesión a un código de conducta o a un mecanismo de certificación, (iv) que a elección del responsable, el encargado suprimirá o devolverá todos los datos personales una vez finalice la prestación de los servicios contratados, pudiendo en todo caso el encargado conservar debidamente bloqueados los datos en tanto pudieran derivarse responsabilidades de su relación con el cliente, (v) la realización de auditorías por parte del responsable y (vi) que el encargado asistirá al responsable en caso de notificaciones de violaciones de seguridad del tratamiento de los datos, comunicación de brechas de seguridad a la autoridad competente y la realización de evaluaciones de impacto relativas a la protección de datos. En todo caso, tanto proveedor como cliente podrán hacer uso de cláusulas contractuales tipo aprobadas por la Comisión Europea o la Agencia Española de Protección de Datos que faciliten la negociación y redacción de las cláusulas del contrato de tratamiento de datos del cliente por cuenta del proveedor.

Tal y como se ha advertido anteriormente, el encargado del tratamiento asume, tras la aplicación del RGPD, nuevas obligaciones y responsabilidades que antes se exigían únicamente al responsable del tratamiento y que se traducen en una mayor exposición en relación a la normativa de protección de datos.

Existen dos circunstancias que deben considerarse especialmente cuando el proveedor ofrece al cliente servicios en forma de *Software as a Service* (“SaaS”) o *Platform as a Service* (“PaaS”). Lógicamente, esta tipología de servicios comprende el mantenimiento del *software* o plataforma, que es controlada por el proveedor y en la que el cliente ha cargado la información necesaria para disfrutar del servicio. Así, en primer lugar, el cliente debe asegurarse del lugar en que están situados los servidores que alojan dicha información. Si la información se almacena fuera de la Unión Europea, se producirá una transferencia internacional de datos que, para ser lícita, debe apoyarse en uno de los supuestos de legitimación previstos por la normativa, circunstancia que debe ser verificada por el cliente. En segundo lugar, el cliente deberá exigir que el proveedor ponga en su conocimiento cualquier brecha de seguridad que sufra la plataforma y que afecte a datos personales de su titularidad. De lo contrario, el cliente no podrá cumplir con una de las obligaciones que establece el RGPD: notificar en menos de 72 horas a la autoridad de control correspondiente la existencia de dicha brecha.

Por último y si bien no parece obligatorio que deba establecerse contractualmente, tanto clientes como proveedores deberán analizar si, conforme al tratamiento de datos de carácter personal que realicen, la tipología de los datos, la tecnología utilizada para el tratamiento o si el tratamiento requiere una observación habitual y sistemática de los interesados a gran escala, entre otros factores, se encuentran obligados o es conveniente el nombramiento de un Delegado de Protección de Datos (DPO) cuyas principales funciones son: (i) asesoramiento al responsable, al encargado y a sus empleados en materia

de protección de datos, (ii) asignación de responsabilidades dentro de cada compañía, concienciación, formación y auditorías correspondientes, (iii) asesoramiento en materia de evaluaciones de impacto, y (iv) cooperación con la autoridad de control. En todo caso, parece razonable que en el caso de contar con esta figura dentro de su organización, el proveedor y/o el cliente hagan mención a la misma en el contrato de *software* aportando, en su caso, los datos de contacto correspondientes y delimitando contractualmente sus respectivas responsabilidades con arreglo al nuevo marco legal.

De acuerdo con lo anterior y como conclusión, las empresas que contraten a proveedores de servicios tecnológicos deben ser conscientes de que el contrato de prestación de servicios -o las cláusulas relativas a este servicio contenidas en un contrato genérico de servicios tecnológicos- que formalice esta relación jurídica debe incluir disposiciones adecuadas en materia de protección de datos o cláusulas tipo aprobadas por las autoridades competentes con el fin de asegurar el íntegro cumplimiento normativo. Pero, al mismo tiempo, deben preocuparse para que las medidas establecidas contractualmente se encuentren implantadas en los procesos de tratamiento de datos tanto del proveedor como del propio cliente.

10 PROPIEDAD INTELECTUAL

La protección del programa de ordenador como obra literaria por el derecho de autor no merece discusión alguna y se refleja, entre otros, en el artículo 1 de la Directiva 2009/24/CE -ya lo hacía en la versión previa a la codificación de la Directiva 91/250/CEE-, en el artículo 4 del Tratado de la OMPI sobre el Derecho de Autor de 1996 y en el artículo 10 del Acuerdo de la OMC sobre los ADPIC, así como en las correspondientes transposiciones e implementaciones nacionales. Es importante recalcar la irrelevancia que la forma de expresión del programa tiene a estos efectos. Se protege por igual el código fuente y el código objeto del programa de ordenador, con independencia del lenguaje de programación empleado.

No se contiene en los textos internacionales y regionales citados una definición expresa del concepto de programa de ordenador, seguramente debido a la complejidad técnica de este, pero también al deseo de proteger por la propiedad intelectual productos originales que, técnicamente hablando, no serían calificados por los expertos en la materia como programas de ordenador. Este último objetivo también fue el perseguido por el legislador español al introducir en el texto del artículo 96.1 de la LPI la siguiente definición del concepto de programa de ordenador: “[...] toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o una tarea o para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuere su forma de expresión y fijación”.

La calificación de obra literaria resulta ciertamente extraña desde la óptica tradicional de la propiedad intelectual, pero los programas de ordenador cumplen la condición de estar compuestos de signos escritos, y, por tanto, no pueden extraerse de ello mayores consecuencias que la necesidad de llamar la atención sobre el deseo de ofrecer a los programas la misma tutela jurídica que al resto de obras literarias, junto con la plena conciencia de los legisladores sobre la especialidad intrínseca de este producto.

De ahí que a la implementación de la regulación citada se añada en algunas normas nacionales -entre ellas, por ejemplo, la LPI, en los artículos 95 y a 104- un régimen específico de tutela, con especialidades en lo que a los derechos patrimoniales y a las excepciones a estos se refiere. Las disposiciones generales sobre el derecho de autor sólo serán de aplicación con carácter subsidiario, en tanto la materia no esté regulada expresamente en las normas específicas sobre programas, siendo de especial interés la aplicación de las previsiones relativas a acciones y procedimientos, al sistema registral y a la protección de las medidas tecnológicas e información para la gestión de derechos insertadas en el programa de ordenador, pero no así otras normas generales, como son, por ejemplo, las referidas a entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual.

La extensión de esta misma forma de tutela por el derecho de autor a la documentación preparatoria del programa, así como a la documentación técnica, descripción del programa y manuales de uso, que sí son subsumibles en la categoría tradicional de obra literaria, plantea ciertos problemas, dado el difícil acomodo de la naturaleza de la citada documentación con la regulación de las excepciones o límites previstos para el programa de ordenador. Acerca de las interfaces presentes en el programa, no puede perderse de vista la diferenciación realizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 22 de diciembre de 2010, en la que se afirma que la interfaz gráfica de usuario no constituye una forma de expresión de un programa de ordenador, y no puede disfrutar de la protección del derecho de autor sobre los programas de ordenador en virtud de la Directiva 2009/24/CE, si bien su potencial tutela habrá de valorarse, en caso de ser original, conforme a las disposiciones generales contenidas en la Directiva 2001/29/CE. Diferenciación que, en ocasiones, resulta artificiosa y difícil de aplicar en la práctica.

El programa de ordenador será protegido únicamente si fuese original, en el sentido de ser una creación intelectual propia de su autor. Regla que no contiene ninguna especialidad con respecto a la regla general aplicable al derecho de autor, que, a diferencia de los derechos afines y de los derechos de propiedad industrial, únicamente tutela la originalidad de la obra. Sin embargo, en la práctica, el concepto de originalidad del programa sí goza de especialidades y se caracteriza por el reconocimiento de una rebaja en la exigencia de la originalidad. Es globalizada la aceptación del criterio del bajo nivel de originalidad exigido, que se hace equivalente a la falta de copia del estado previo de la técnica, esto es, del conjunto de programas que pudieran existir con anterioridad. Así se reconoce expresamente en la Directiva 2009/24, que únicamente exige que el programa sea obra de su autor, y no de otro, y se excluyen criterios más exigentes de originalidad objetiva o de reflejo de la personalidad del autor, que carecerían de aplicación en el ámbito de los programas de ordenador. Por tanto, quedará protegido todo programa concebido y escrito por una persona, sin copia de programa previo, aun en el supuesto en el que este no aporte novedad técnica alguna e incluso aunque sea técnicamente inferior a otros programas ya existentes.

Circunstancia que va de la mano del reconocimiento de la atribución de la titularidad originaria del derecho de autor a personas físicas o a personas jurídicas, así como de la pérdida de importancia de los derechos morales y de la práctica desaparición de la existencia de algunos de estos derechos y, finalmente, de la eliminación del límite de copia privada y de la imposibilidad de aplicar otros límites tradicionales, como la parodia, entre otros. Sin embargo, y a pesar de la reducida vida útil o de mercado

de los programas de ordenador, los legisladores optaron por mantener la misma extensión temporal de la tutela otorgada para el resto de obras por el derecho de autor, lo que ha generado críticas por su carácter excesivo.

La decisión del legislador de proteger los programas de ordenador por el derecho de autor tuvo como consecuencia intrínseca la automática exclusión de la tutela en sentido estricto de las ideas y principios en que los programas se basan, más allá de la expresión de los mismos. La libre circulación de estas ideas fue, precisamente, un importante argumento para inclinar la balanza del debate sobre la vía de tutela a favor del derecho de autor y en contra de los derechos de propiedad industrial. De ahí que el programa creado por una persona implementando una funcionalidad ya presente en otros programas, ya sea para mejorarla técnicamente o para modificarla -o incluso para empeorarla-, merece la tutela por el derecho de autor siempre que no suponga una copia previa de la expresión de esas ideas, principios o funcionalidades presentes en los programas que pudieran existir con anterioridad.

Acerca de los derechos morales del autor del programa de ordenador, si bien nada impide su aplicación a los programas ni las normas aplicables reducen su amplitud con respecto al resto de obras literarias, la práctica sí obliga a tener en consideración que la propia naturaleza del programa puede hacer difícil, cuando no imposible, el ejercicio de algunos de los derechos morales. Así, la infracción del derecho moral de integridad generalmente se limitará a supuestos de empeoramiento técnico del programa o distorsión de la utilidad de este, mientras que la infracción del derecho moral de paternidad no se producirá cuando por motivos técnicos resulte complicado o casi imposible la inserción de la identificación del autor o autores del programa, pero no así cuando el tamaño o fórmula para el reconocimiento de la autoría no sea del gusto del autor, aunque sí se acomode a los usos del sector, siendo ésta una especialidad importante con respecto al resto de obras literarias.

Es importante recalcar que el uso del símbolo del *copyright*, en su caso, por ejemplo, en las líneas del código fuente o del código objeto, en las pantallas de presentación y despedida, en el menú “acerca de” y/o en la documentación impresa, no se reserva únicamente al autor o titular originario del derecho de autor sobre el programa, sino que se permite para cualquier titular que ostente con carácter exclusivo un derecho de explotación sobre el programa, sea originario o derivativo. Cuestión esta última que tendrá especial importancia en la comercialización o explotación comercial del programa y que puede inducir al usuario a confundir los conceptos de titularidad exclusiva del derecho de explotación del programa y de autoría del programa.

En el terreno de la autoría o reconocimiento de la titularidad originaria del derecho de autor sobre el programa, la creación de este por una única persona física no plantea mayores problemas que aquellos que puedan surgir con carácter general para el resto de obras. Sin embargo, este supuesto no es el más habitual, dado que este tipo de creaciones culturales frecuentemente son creadas por un grupo de trabajo y merecen la calificación de obras en colaboración, en algunos casos, y de obras colectivas, en otros. Esta última calificación se aprecia de manera generalizada en el *software* de tipo comercial, del que son titulares originarios del derecho de autor, en muchas ocasiones, las personas jurídicas empleadoras de las varias personas físicas que con su trabajo crean el programa. En el ámbito europeo, cuando un trabajador asalariado cree un programa de ordenador en el ejercicio de las funciones que le han sido confiadas, o siguiendo las instrucciones de su empresario se entenderá, en virtud del

artículo 2.3 de la Directiva 2009/24/CE, que la titularidad de los derechos económicos correspondientes al programa de ordenador así creado corresponderá, exclusivamente, al empresario, salvo pacto en contrario. Los derechos morales, dado su carácter inalienable, permanecerán en la esfera del empleado autor, si bien carecerán de transcendencia en la mayoría de las ocasiones, dada la división de tareas que caracteriza esta forma de creación empresarial, que hace difícil encontrar originalidad en la parte creada por cada empleado, por un lado, y, por otro lado, para el caso en el que dicha parte sea original, su carácter limitado dificulta el ejercicio de los derechos morales del empleado autor. En este sentido, respecto de los derechos morales, los propios tribunales han señalado que la extensión del derecho moral respecto de hacer constar la identidad del autor debe ser interpretado de manera razonable conforme a los usos del sector en el que la obra es objeto de explotación.

Una segunda forma de creación de programas de ordenador es el encargo de obra. Forma de creación que merece una especial atención tanto en la esfera del ejercicio de los derechos morales como en lo que a la transmisión de los derechos patrimoniales se refiere. En el aspecto moral, más allá de las apreciaciones realizadas anteriormente sobre los derechos de paternidad e integridad, debemos detenernos en el derecho de divulgación, para recalcar el hecho de que la aceptación del encargo de obra ha de ser interpretada *per se* como un ejercicio del propio derecho de divulgación, dada la especialidad del tipo de obra y la necesidad de acomodar el ejercicio de este derecho a la especial naturaleza del encargo. De ahí que, una vez creado el programa, el autor no pueda negarse a la entrega de este al comitente alegando el ejercicio del derecho de divulgación en su vertiente negativa, es decir, el derecho de inédito.

En lo que a los derechos patrimoniales se refiere, el contrato de encargo de obra habrá de acompañarse de un acuerdo de transmisión de las facultades patrimoniales necesarias para el uso del programa por el comitente y licenciataria de este. Necesidades que variarán en función de los casos. Mientras que la cesión de los derechos de reproducción y distribución está presente en la práctica totalidad de los contratos, no cabe predicar lo mismo de la cesión del derecho de transformación, si bien esta será necesaria para la realización posterior por el sujeto comitente y licenciataria de nuevas versiones del programa que vayan más allá de la mera reproducción de este o de la mera corrección de errores.

En el caso del contrato de encargo de obra, el incumplimiento de la entrega del código y los posibles incumplimientos por falta de coincidencia entre el programa de ordenador entregado y lo pactado en el contrato no se resuelven mediante el recurso a la normativa de protección de los consumidores y usuarios cuando el sujeto que encarga a otro la creación de un programa de ordenador para dar respuesta a una necesidad empresarial está actuando en el ámbito de su actividad empresarial o profesional. Por el contrario, los problemas interpretativos o de cumplimiento del contrato se conducirán por la vía civil general, y, en concreto, por el principio *pacta sunt servanda*, o los pactos están para cumplirse.

Por último, una vez creado el programa, debemos hacer referencia a la posterior transmisión de derechos a terceros -ya sea en virtud de una licencia o de una cesión-. En caso de contrato de licencia de uso, el titular de los derechos de explotación, el licenciante únicamente otorga al licenciataria el mínimo de facultades de explotación necesarias para el correcto uso del programa de ordenador, básicamente la reproducción a efectos del uso del programa, toda vez que la simple instalación del programa en un

ordenador o dispositivo móvil ya merece, desde el punto de vista jurídico, la calificación de reproducción de la obra. En algunos casos, ello se acompañará del derecho de reproducción y/o del derecho de comunicación pública. Sin embargo, en este tipo de contratos no suele pactarse la transmisión del derecho de transformación del programa para realizar obras derivadas, con originalidad propia. Este último tipo de creaciones son fruto, generalmente, de autorizaciones *ad hoc* del autor del primer programa o titular derivativo del derecho de transformación sobre este, en cuya decisión serán tomados en consideración criterios tales como la identidad del sujeto que pretende llevar a cabo la citada transformación.

En lo que a la licencia de uso se refiere, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de julio de 2012, en el asunto C-128/11, UsedSoft contra Oracle, marca un punto de inflexión. Según el Tribunal de Justicia, el derecho de distribución de la copia de un programa de ordenador se agota si el titular de los derechos de autor, que ha autorizado la descarga de Internet de dicha copia en un soporte informático, ha conferido, a cambio del pago de un precio que le permita obtener una remuneración correspondiente al valor económico de la copia de la obra de la que es propietario, un derecho de uso de tal copia, sin límite de duración. Con independencia del nombre que las partes hayan dado a este contrato, el Tribunal de Justicia lo considera una venta y, consecuentemente, aplica la teoría del agotamiento a nivel europeo cuando el contrato se hubiera celebrado en la Unión Europea. Eso sí, el agotamiento del derecho de distribución no faculta al licenciatario a sub-dividir la licencia cuando esta fue otorgada para un conjunto de instalaciones o copias. Dicho licenciatario debe desinstalar su copia del programa de ordenador con carácter previo a la reventa de la licencia. El Tribunal advierte que el cumplimiento de estas últimas exigencias podrá ser controlado por el titular de derechos de propiedad intelectual mediante la inserción de medidas tecnológicas de protección.

En una sentencia posterior, de 12 de octubre de 2016, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea realiza una importante apreciación sobre la interpretación de la doctrina del agotamiento del derecho de distribución a la luz de la excepción o límite de copia de seguridad del licenciatario. El adquirente inicial de la copia de un programa de ordenador acompañada de una licencia de uso ilimitado tiene derecho a revender esta copia usada y su licencia a un subadquirente. En cambio, cuando el soporte físico de origen de la copia que se le entregó inicialmente está dañado o destruido o se ha extraviado, no puede proporcionar al subadquirente su copia de salvaguardia de este programa sin autorización del titular de los derechos, pues dicha copia de seguridad únicamente podrá ser empleada por el licenciatario que la realizó, y no podrá ser transferida a terceros.

En los contratos de licencia de uso de software, parece claro que en ellos se regularán los derechos de explotación objeto de licencia, su duración, el territorio en el que podrá hacerse uso de los mismos, su carácter exclusivo o no, etc.

Sin embargo, respecto a los contratos de desarrollo y mantenimiento deberá pactarse a quién pertenece la titularidad de los derechos de explotación sobre los materiales preexistentes así como aquellos que se hubieran desarrollado como consecuencia de la prestación de los servicios. Con carácter general, lo habitual es que cada parte conserve sus derechos de propiedad intelectual preexistentes a la formalización del contrato y garantizar a la contraparte que es la titular legítima de los derechos de propiedad intelectual o que le han sido transferidos por el titular legítimo. En relación a los derechos

sobre el resultado del servicio prestado, ello significa regular la cesión o no de los derechos de explotación sobre los mismos y, en caso de cederse, concretar la duración, el territorio, el carácter exclusivo o no, así como los derechos de explotación que se transmiten. De no pactarse nada, se entenderán cedidos únicamente aquellos que se dedujeran necesariamente del propio contrato y que fueran imprescindibles para cumplir con el objeto y finalidad del mismo.

11 MODELO DE GOBIERNO

Para alcanzar un servicio eficiente, de satisfacción para cliente y proveedor, se hace imprescindible que ambos trabajen de forma coordinada y en colaboración. Con el objetivo de supervisar la correcta prestación del servicio, de conformidad a lo establecido en el contrato y adoptar las decisiones necesarias según las necesidades de cada momento, el contrato deberá contener una estructura piramidal de comités compuestos por representantes de ambas partes.

A pesar de que el modelo de gobierno deberá moldearse para cada relación contractual concreta, se enuncian más abajo los extremos que suelen incluirse en la regulación del modelo de gobierno.

Como regla general, el modelo de gobierno suele estructurarse en tres niveles de responsabilidad: comité de dirección, comité de seguimiento y comité operativo.

La reunión de los comités suele ser periódica o convocada a petición de una de las partes con carácter excepcional. En los comités habrá una participación equilibrada de representantes de cada una de las partes, así como de los expertos que, en su caso, las partes consideren oportuno invitar. En este último supuesto, es habitual que se exija por contrato una petición expresa de convocatoria por la parte que lo solicite con una antelación razonable a la fecha de celebración de la reunión, comunicando la fecha, hora y lugar de la reunión, así como una propuesta del orden del día.

Los comités suelen celebrarse en la sede del cliente. El proveedor se ocupará de redactar los informes de servicio que se usarán como base para la reunión, incluyendo cualquier hecho relevante sobre el servicio. De igual forma, tras la celebración del comité, el proveedor suele encargarse de remitir al cliente un borrador de acta que recoja la identidad de los asistentes, fecha y lugar de celebración, temas tratados y acuerdos alcanzados. Una vez revisada por el cliente, el acta será aprobada y firmada por un representante de cada una de las partes. De no alcanzarse acuerdo sobre un punto del acta concreto, dicha discrepancia suele incluirse como punto a solventar en una reunión posterior del comité de que se trate.

El comité de dirección es el máximo órgano de control del servicio, con capacidad para representar tanto al cliente como al proveedor en el marco de colaboración del servicio. Mantiene una visión global del servicio, sus hitos y sus interdependencias, así como de los potenciales riesgos e incidencias. Entre las funciones del comité de dirección se incluyen, con carácter general, entre otras, alinear las estrategias y formas de actuación cuando estas afecten a los objetivos del servicio marcados por las partes, revisar el cumplimiento de nivel de servicio global acordado, gestionar y resolver cualquier

disputa que no haya sido posible resolver, tras un período de tiempo razonable, por el comité de nivel inferior y efectuar el control económico, de plazos y de calidad del servicio.

El comité de seguimiento es el órgano de gestión de servicio, dependiente del comité de dirección. Entre las funciones del comité de seguimiento suelen encontrarse la revisión y análisis del servicio prestado y su nivel de calidad, la puesta en práctica de las directrices marcadas por el comité de dirección, la presentación de propuestas de cambios con impacto relevante en el servicio, la aprobación de cambios sin excesiva relevancia en el servicio y la gestión y resolución de las posibles incidencias escaladas por el comité operativo. Las cuestiones que no puedan ser resueltas en este comité serán elevadas al comité de dirección para su resolución.

El comité operativo suele tener un carácter más técnico y las reuniones van dirigidas, entre otros objetivos, a analizar y priorizar peticiones, a coordinar las acciones en curso, a aceptar la puesta en marcha de nuevos servicios y/o modificaciones en los ya existentes y, en definitiva, a resolver las incidencias propias de la gestión diaria del servicio. A este comité suelen acudir representantes del equipo de servicio del proveedor y los usuarios o representantes del cliente.

12 SUBCONTRATACIÓN Y CESIÓN

12.1 Subcontratación

Para llevar a cabo los servicios objeto del contrato, es habitual que el proveedor solicite al cliente la posibilidad de externalizar a un tercero parte de los servicios incluidos en el alcance contratado, situación que refleja la progresiva especialización empresarial en nichos de mercado y la deslocalización de los procesos productivos.

Sin embargo, pudiera darse el escenario en el que el cliente no permita al proveedor subcontratar los servicios, salvo que obtenga su aprobación previa expresa. No obstante, ambas partes deben ser conscientes de que una prohibición absoluta de subcontratar puede terminar perjudicando a ambos. Como ejemplo, puede ser más que recomendable contar con la colaboración del titular de una aplicación informática para resolver posibles dudas que pudieran surgir durante la prestación de un servicio de mantenimiento de la citada aplicación.

Si para la ejecución del servicio es necesario que el proveedor subcontrate a un tercero, es aconsejable que en la cláusula referida a la subcontratación quede reflejado de forma expresa ese subcontratista como autorizado.

Es importante separar este supuesto de subcontratación a terceros de la facultad del proveedor de subcontratar a las empresas que forman parte de su mismo grupo económico en el sentido definido en la normativa económica del artículo 42 del Código de Comercio para ejecutar el servicio con cierta flexibilidad utilizando los recursos de diferentes empresas del conglomerado empresarial.

En todo caso conviene acotar la subcontratación de una tercera empresa por parte de una empresa subcontratista o acordar un procedimiento de autorización previa y expresa para este segundo nivel de subcontratación para mantener un control adecuado en la cadena de subcontratistas.

Una alternativa a lo anterior, también habitual si así se dispone por voluntad de las partes, es que el cliente autorice al proveedor a subcontratar parte de los servicios, debiendo este sólo notificar, con la antelación que se acuerde, los servicios concretos objeto de subcontratación y la identidad de la empresa subcontratista. Asimismo, si así se acordase, el proveedor podría tener la obligación de notificar la sustitución de alguno de los subcontratistas cuando esto ocurriese por cualquier motivo.

En cualquier caso, la subcontratación de servicios no supondrá la constitución de relación jurídica alguna entre el cliente y el subcontratista del proveedor. Por todo ello, el proveedor será responsable frente al cliente por la actuación de las empresas subcontratadas. La concentración de las responsabilidades en el proveedor que asume la posición de contratista principal en el contrato de prestación de servicios tiene importantes consecuencias que deberán ser consideradas a la hora de confeccionar el respectivo acuerdo de subcontratación entre el proveedor y su subcontratista. En primer lugar, resulta imprescindible diferenciar el alcance de los trabajos que estarán a cargo del subcontratista y analizar las dependencias respecto al proveedor y el cliente final para delimitar con claridad el alcance de sus trabajos y el ámbito de su responsabilidad. Posteriormente, dependiendo de la posición del subcontratista en el proyecto y el tipo de servicios subcontratados, se trasladarán en menor o mayor medida las condiciones impuestas por el cliente final.

En lo que a condiciones específicas se refiere, reviste especial importancia la negociación de condiciones que trasladen al subcontratista, en la medida de lo posible, las condiciones impuestas al proveedor por el cliente final.

Entre otras, cabe resaltar las siguientes obligaciones básicas que deberán ser moduladas en función de la posición que ocupe el subcontratista en el proyecto -subcontratista o proveedor de una solución tecnológica estándar- y el carácter crítico de sus prestaciones para la obtención del resultado esperado:

- Obligaciones de pago que podrán estar vinculadas a la aceptación definitiva de los trabajos por parte del cliente final.
- Traslado de los acuerdos de niveles de servicios cuyos indicadores estén bajo el control del subcontratista y aplicación de penalizaciones asociadas a un eventual incumplimiento.
- Límite de responsabilidad por daños y perjuicios por un motivo imputable al subcontratista que podrá ser calculada de acuerdo a los límites previstos en el contrato principal o de forma proporcional al importe de la subcontratación.
- Cesión de todos los elementos protegidos por derechos de autor desarrollados con motivo de la ejecución del acuerdo de subcontratación.
- Recuperación de las inversiones en caso de terminación anticipada, considerando las condiciones acordadas entre el proveedor y cliente en el contrato principal.
- Traslado de las causales de terminación vinculadas al contrato principal.
- Traslado de las penalizaciones que afectan al proveedor.

-
- Prohibición de cesión del acuerdo de subcontratación o subcontratación ulterior no autorizada.

Independientemente de lo anterior, en una subcontratación, parece razonable que el cliente solicite al proveedor que sus subcontratistas reúnan las condiciones técnicas y de calidad idóneas para la ejecución de los servicios que les corresponda, pudiendo incluso solicitar certificaciones que así lo acrediten.

Antes de iniciar el servicio por parte del subcontratista, el proveedor deberá hacer entrega, a petición del cliente, de la documentación que acredite que tanto él como sus subcontratistas, se encuentran al corriente de pagos con Hacienda y con la Seguridad Social. Si el proveedor y/o el subcontratista tuvieran que acceder a las instalaciones del cliente, este último deberá hacerle entrega de la documentación sobre prevención de riesgos laborales que resulte de aplicación.

Respecto a la protección de datos de carácter personal, en el supuesto en que el subcontratista acceda, como consecuencia de la prestación del servicio, a ficheros que contengan datos de carácter personal del cliente, deberá cumplir con lo dispuesto en la normativa de protección de datos de carácter personal.

12.2 Cesión

La cesión contractual es una facultad que se otorgan los contratantes en virtud de la autonomía de la voluntad, cuando las obligaciones que se incluyeron en el contrato aún no se hubieran ejecutado. La cesión de contrato consiste en el traspaso a un tercero, por parte de un contratante, de la posición íntegra que ocupaba en el contrato cedido -incluyendo todos los derechos y obligaciones-, de manera que el cesionario adquiere los derechos que ostentaba el cedente en la relación contractual como si hubiese sido el contratante inicial. Nada impide que las partes acuerden cierta responsabilidad para el cedente, como pudiera ser una responsabilidad solidaria por un periodo de tiempo determinado ante un escenario de incumplimiento y/o insolvencia por parte del cesionario.

13 GESTIÓN DE CAMBIOS Y SERVICIOS ADICIONALES

La problemática relacionada con la gestión de cambios se concentra en los contratos de desarrollo de *software* a medida, en tanto que estos se hayan configurado con un precio a tanto alzado vinculado a la consecución de un resultado específico.

Por el contrario, resulta poco frecuente encontrar este tipo de pactos en los contratos de licencia de *software*, mantenimiento de aplicaciones o en aquellos contratos de desarrollo de *software* que se hayan configurado en ausencia de una obligación de resultado específico predeterminado por las partes en los que el precio varía en función del esfuerzo requerido.

La técnica contractual para una correcta gestión de la cláusula de control de cambios está directamente relacionada con la definición previa del objeto del contrato, que es el elemento que permite que las partes tengan un punto de referencia objetivo para asegurar un equilibrio en sus prestaciones. Dicho

objetivo se obtiene vinculando un alcance o resultado específico que se debe entregar a la finalización de los trabajos por un precio determinado. Dicha descripción técnica debe aportar parámetros objetivos que permitan confirmar la correcta ejecución de las diferentes etapas del desarrollo de un *software*. Así, una vez fijado el alcance inicial, todas las prestaciones adicionales se consideran automáticamente una variación en el alcance que implicaría el derecho del proveedor a poder percibir una contraprestación adicional.

Para ello, es recomendable que las partes prevean en el contrato:

- Una descripción lo más objetiva posible del alcance que permita identificar con claridad cuándo existe una variación del alcance previamente acordado, diferenciándola de aquellos supuestos en los que el alcance inicialmente acordado entre las partes no ha sido correctamente ejecutado por el proveedor, lo que se encuadraría en los supuestos de posible cumplimiento defectuoso del contrato.
- Mecanismos de ajuste de precio que garanticen que, en el supuesto de un cambio adicional, las partes tengan parámetros objetivos para alcanzar un nuevo equilibrio en las prestaciones.

La descripción del alcance de un desarrollo de *software* se identifica en la industria del *software* con los requisitos funcionales y técnicos. Dichos documentos, respectivamente, describen en un lenguaje humano textual o con ayuda de diagramas y bocetos, la estructura y arquitectura del *software* y los problemas específicos que pretende resolver, así como los requisitos técnicos que debe cumplir.

En ese sentido, el enfoque más recomendable consistiría en concretar con total precisión, y siempre con anterioridad al inicio de los trabajos, todos los requisitos que debe respetar el *software*. No obstante, este enfoque es muy poco frecuente, dado que presupone un alto grado de conocimiento técnico por parte del cliente que le permita anticipar exhaustivamente en una etapa previa a la contratación todos los requisitos que debe cumplir el *software*. Por ese motivo, es frecuente que el proveedor desarrolle una etapa de consultoría previa o concomitante al desarrollo con el objetivo de definir conjuntamente con el cliente los requisitos y que incluya premisas para acotar el alcance inicial, protegiéndose de una subjetividad a la hora de obtener la confirmación por parte del cliente de que el resultado esperado ha sido entregado en el momento de proceder a la aceptación de los trabajos.

Dado el dinamismo de los proyectos de desarrollo de *software*, la inclusión de un cambio de alcance puede estar motivada por una necesidad sobrevenida del cliente, del proveedor o por factores externos. En cualquier caso, debido a la incidencia que los cambios pueden tener en el proyecto, éstos deben ser cuidadosamente evaluados y acordados entre las partes, antes de su implementación.

Para ello, es recomendable que las partes registren por escrito una solicitud de cambio de alcance que:

- Describa la necesidad de implementar un cambio, así como las actividades a realizar por el proveedor incluyendo las especificaciones, requisitos, cronograma, precio y condiciones para su ejecución.

-
- Evalúe la viabilidad de su implementación, así como el impacto que tendrá en el desarrollo del proyecto y en los compromisos contractuales asumidos, e integrándose dentro del orden de prelación previsto en el contrato.
 - Registre la conformidad del cliente a la implementación del cambio de acuerdo con las condiciones acordadas y su posterior aprobación una vez haya sido correctamente implementado, pasando a formar parte del proyecto de desarrollo, siendo administrado mediante el uso de las herramientas y procedimientos de modelo de gobierno definido por las partes en el contrato.

14 CAMBIO DE CONTROL

Se refiere a aquella situación en la que se produce un cambio en el órgano de decisión o en el control efectivo de una sociedad. Las partes en un contrato pueden regular las consecuencias jurídicas que se derivan en la relación contractual como consecuencia de una situación de cambio de control.

En derecho español para determinar qué situaciones se pueden considerar como cambio de control es habitual acudir al artículo 42 del Código de Comercio que, aunque hace referencia al grupo de sociedades, proporciona una serie de parámetros para valorar potenciales cambios de control. Así, se podrían considerar situaciones de cambio de control las siguientes:

- La adquisición de la mayoría de los derechos de voto.
- Poder disponer de la mayoría de los derechos de voto en virtud de acuerdos celebrados con terceros.
- La adquisición de la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.

Las cláusulas de cambio de control pueden regular distintas consecuencias jurídicas para las partes de un contrato. Si tiene lugar un cambio de control en una de las partes habitualmente:

- Se entiende por terminado el contrato de manera anticipada -en cuyo caso habría que enlazar dicha cláusula con la de terminación anticipada y/o los efectos de la terminación-.
- Es necesaria la comunicación previa a la contraparte, vinculada a un plazo en que el cliente podría ejercitar el derecho a rescindir el contrato.
- Hay que solicitar la autorización previa de la contraparte para que no se entienda terminado el contrato -si bien, en este caso, se suele exigir que la denegación de la autorización sea por motivos razonables y si la entidad adquirente del control tiene una buena reputación en el mercado, recursos financieros y/o se compromete a cumplir en los mismos términos del contrato, difícilmente se podrá considerar razonable una denegación-.
- Está sujeta a obligaciones adicionales, como un pago complementario, una limitación en el número de licencias o usuarios, la renegociación de determinados términos contractuales o al otorgamiento de garantías adicionales.
- Las partes deciden reconocer expresamente que las situaciones de cambio de control no tienen impacto en la relación contractual.

Este tipo de cláusula resulta habitual en aquellos supuestos en los que se está celebrando un contrato con una determinada entidad en virtud o considerando quienes ejercitan el control efectivo de la entidad -ya sea, por ejemplo, para asegurar una determinada capacidad financiera, o desde un punto de vista estratégico, para evitar que un determinado *software* pueda ser utilizado por un competidor-. Sin embargo, no siempre se conoce o se celebra un contrato considerando quien ejercita el control efectivo de la entidad, siendo el parámetro relevante para la elección de un determinado proveedor los compromisos objetivos asumidos en el contrato con relación a la prestación de los servicios.

La intención, en la práctica, de una cláusula de cambio de control parecería ser la obtención de una protección frente una eventual adquisición de una de las partes del contrato por un competidor de la otra parte o, en mercados emergentes, blindarse ante una variación en la capacidad financiera. Desgraciadamente, en muchas ocasiones estas cláusulas regulan el cambio de control en términos muy superficiales y a veces sin valorar si un cambio de control teórico afectaría a la correcta prestación de los servicios. De ahí que existan otros mecanismos más adecuados para garantizar la intención de las partes ante una eventual situación de cambio de control. Por ejemplo, delimitando su aplicación a un cambio de control a favor de un competidor en un determinado mercado o, cuando el motivo sea un riesgo de disminución de la capacidad financiera del proveedor, exigiendo el otorgamiento de garantías adicionales de la empresa que concentre los principales activos del conjunto de sociedades bajo el mismo poder de cesión. Es por ello por lo que, dadas las consecuencias que pueden conllevar para un contrato el hecho de que tenga lugar una situación de cambio de control, no se trata de una cláusula que deba incluirse por defecto en todo contrato.

Asimismo, este tipo de condiciones constituyen la práctica habitual en los contratos de desarrollo de *software* o mantenimiento de aplicaciones en los que se realizan inversiones cuya amortización podría estar comprometida por una terminación anticipada del contrato por un cambio de control -en cuyo caso debería negociarse entre las partes la posible recuperación de las inversiones no amortizadas-.

Este tipo de cláusulas tiene un fuerte impacto cuando alguna de las partes de un contrato va a participar en algún tipo de operación mercantil -por ejemplo, una fusión o una adquisición por un tercero- por lo que aquellas empresas que prevean la entrada de capital ajeno en la estructura de la sociedad deben tenerlo especialmente en cuenta. No hay que olvidar que, en muchas de las operaciones mercantiles, las empresas se adquieren no sólo atendiendo al producto que ofrecen o los servicios que prestan sino a las relaciones contractuales de las que se derivan los ingresos correspondientes y en consecuencia, una terminación anticipada por la inclusión de una cláusula de cambio de control puede tener un efecto negativo en la operación mercantil futura. Asimismo, el poder negociador de cada una de las partes también puede afectar a la redacción, al alcance y efectos de una cláusula de cambio de control.

Las cláusulas de cambio de control son muy sensibles para empresas de tecnología debido a que una parte del valor de esas empresas depende en gran medida de los contratos de prestación de servicios firmados con clientes. Por ese motivo es frecuente que, ante un cambio de control, se negocie un plazo para manifestar si se decide rescindir el contrato o continuar con la prestación de forma que los contratos con cláusulas de cambio de control puedan ser considerados en la valoración de una empresa en una operación de fusiones o adquisiciones. En esos casos los contratos sujetos a un cambio de

control se gestionan a través de un reajuste de precio que se verifica posteriormente si el cliente finalmente decide no ejercitar la terminación del contrato, transcurrido el plazo acordado.

Una cláusula de cambio de control no debe confundirse con la cláusula de prohibición de cesión del contrato, aunque ambas pueden tener relación en cuanto a los motivos por los que se están incluyendo en un contrato y las consecuencias que se derivan de ellas. La cláusula de prohibición de cesión del contrato suele regular una prohibición para una o ambas partes de ceder o transferir a favor de terceros la posición de una de las partes en un contrato -o los derechos y/u obligaciones que se deriven del mismo- sin la autorización de la parte contraria.

15 AUDITORÍA

El carácter inmaterial del *software* ha propiciado la utilización de mecanismos que permitan controlar el cumplimiento de las restricciones previamente acordadas en el contrato -por ejemplo, limitando el uso del *software* a usuarios individuales, el número de equipos, el uso del *software*, etc.).

Ante una cláusula de auditoría de *software*, conviene que las partes confirmen que se han cubierto los siguientes extremos:

- Quién puede realizar la auditoría, estableciendo que esta pueda ser realizada directamente por el cliente o por un tercero independiente designado por el proveedor, siempre con arreglo a las condiciones de confidencialidad que se hayan estipulado entre las partes.
- El número máximo de auditorías que podrán ser realizadas en un determinado período, así como las condiciones para su ejecución para interferir lo menos posible en la operación normal del proveedor.
- Distribución de los costes de la auditoría, siendo frecuente que el cliente asuma los costes salvo que el resultado confirme un determinado grado de incumplimiento.
- El alcance específico de la auditoría, acotando el período auditado y los extremos que podrán ser verificados en el curso de la auditoría.
- Las consecuencias en el supuesto que la auditoría evidencia una utilización del *software* que no se ajusta a las restricciones previamente acordadas.
- El mecanismo de resolución de controversias.

En el supuesto que el resultado de la auditoría demuestre que el cliente no ha respetado las restricciones estipuladas, el proveedor podrá aplicar las medidas previstas en el contrato, entre las que frecuentemente se encuentran las siguientes:

- Caracterizar el uso del *software* sin respetar las condiciones y restricciones acordadas como un incumplimiento esencial del contrato, que daría derecho al proveedor a exigir el pago retroactivo de las licencias utilizadas o una indemnización por daños y perjuicios.
- Rescindir el contrato, interrumpiendo o suspendiendo temporalmente el acceso a determinadas o todas las funcionalidades del *software*, lo que tendría importantes consecuencias en la continuidad del negocio en una determinada organización.

-
- Exigir una contraprestación adicional para reestablecer el equilibrio de las prestaciones y que implicará el derecho del proveedor a reajustar la contraprestación para adecuarla a la modalidad y número de licencias de uso realmente utilizadas por el cliente.

Es importante destacar que, dada la dificultad práctica de auditar físicamente el uso de un *software* dentro de una organización o un amplio número de usuarios, la industria del *software* ha optado por la utilización de medidas tecnológicas de gestión del *software* que utilizan herramientas que permiten realizar inventarios remotos del *software*, medir su utilización y controlar su uso.

Asimismo, algunos fabricantes de *software* facilitan técnicamente la utilización de las licencias por un número de usuarios superior al inicialmente previsto sin que esto implique *per se* una reproducción no autorizada. Esta alternativa tiene como objetivo comercial permitir que el licenciatarario dimensione su uso de acuerdo a sus necesidades en cada momento, lo que lleva aparejado al derecho del proveedor a realizar auditorías y reajustar el precio cuando se verifique una utilización del *software* por un número de usuarios superior al inicialmente acordado.

16 ANTICORRUPCIÓN

Hay que reconocer que en los últimos años las empresas, cada vez más, están poniendo su foco en la lucha contra la corrupción, no solo como un medio para evitar responsabilidades, sino también para mantener la confianza de inversores, clientes, empleados y público en general.

Existe corrupción cuando hay un abuso del poder delegado para beneficio propio. Ello sucede, por ejemplo, cuando un empleado utiliza prácticas prohibidas para obtener algún beneficio, bien para sí, para un tercero o para la compañía. Son prácticas prohibidas el ofrecimiento, pago, promesa de pago o autorización de pago de cualquier cantidad, regalos u objetos de valor a cualquier funcionario público, con el fin de conseguir alguna ventaja.

A la hora de abordar un contrato de licencia, de desarrollo o de mantenimiento de *software* deberemos prestar atención a esta cláusula y regular, convenientemente, el compromiso de la empresa con la que contratamos de respetar las leyes de anticorrupción. Y ello porque los daños que pueden derivarse para las empresas de este tipo de conductas pasan por conductas tales como incurrir en prácticas delictivas y sufrir daños reputacionales que impactan, claramente, en la confianza que la empresa tiene en el mercado.

Las cláusulas anticorrupción normalmente persiguen tres objetivos principales:

- Recoger la declaración de las partes de que no han cometido conductas corruptas en el período anterior a la firma del contrato.
- Prohibir la comisión de conductas corruptas en los negocios mientras el contrato esté vigente, extendiendo esta prohibición no solo al contratante, sino también a sus empleados, administradores, agentes y subcontratistas.
- Recoger las medidas que se aplicarán en caso de incumplimiento.

Además, es muy frecuente que incorporen otros contenidos accesorios, que vienen a completar las cautelas que las empresas están dirigidas a observar, a fin de evitar entablar relaciones de negocio con empresas corruptas. Entre ellos, obligar a respetar la propia normativa interna del cliente en materia de anticorrupción; imponer la necesidad de que cuenten con su propia normativa interna en la materia; obligar al cumplimiento de las normas de otros países en materia de anticorrupción; emitir declaraciones sobre posibles conflictos de intereses y casos activos de corrupción vinculados a la empresa y reservarse la oportunidad de llevar a cabo investigaciones o auditorías.

Si a pesar de las cautelas contractuales una de las partes incumple con sus obligaciones e incurre en conductas o actos corruptos, deberán pactarse expresamente las consecuencias de dicho incumplimiento. Entre los pactos más comunes se pueden citar la posibilidad de terminar el contrato o la de reclamar penalizaciones económicas de importancia considerable.

17 FUERZA MAYOR

Como regla general, el incumplimiento de la prestación pactada por alguna de las partes del contrato hace surgir la responsabilidad de dicho deudor frente a su acreedor, lo que significa que este segundo podrá exigir al deudor incumplidor responsabilidad por su incumplimiento. Sin embargo, con carácter general, la normativa civil exonera de responsabilidad al deudor en supuestos en los que se entiende que el incumplimiento no le es imputable, que reciben el nombre de fuerza mayor y de caso fortuito; esto es, los hechos o circunstancias imprevisibles o inevitables que, siendo ajenas a la voluntad del deudor, hacen que este no pueda llevar a cabo el cumplimiento de su obligación -por ejemplo, fenómenos atmosféricos, guerras, robos, etc.-. Se entiende que, en estos casos, el incumplimiento no es achacable al dolo o a la culpa grave de una de las partes contractuales.

Un acontecimiento es imprevisible cuando la observación de la realidad no permite anticipar que ese hecho sucederá y acarreará unas consecuencias de tal magnitud. La calificación de imprevisible o no de una concreta actuación ha de valorarse conforme a las concretas circunstancias de tiempo, lugar y personas que existan en cada caso. Deberá medirse el grado de atención y cuidados requeridos con arreglo a las circunstancias del caso para determinar cuándo el incumplimiento se debe a un incumplimiento del deber relevante de previsibilidad de alguna de las partes del contrato o cuándo, por el contrario, estamos ante un supuesto en el que resulte aplicable la excepción de caso fortuito o fuerza mayor. Un factor esencial en el análisis es el estudio de los medios del deudor y su capacidad de reacción ante lo imprevisto.

El concepto de caso fortuito se aplica a una situación imprevisible que acontece y que provoca que el deudor incumpla su obligación. Cuando el deudor hubiera actuado con la diligencia que le era exigible, el caso fortuito será la causa directa del incumplimiento y exonerará al deudor de tener que responder por su incumplimiento. Sin embargo, cuando la causa hubiera sido provocada por el propio deudor, no estaríamos ante una exoneración de responsabilidad del deudor. A diferencia del caso fortuito, que es un hecho imprevisible aplicando la diligencia debida, la fuerza mayor cumple la doble condición de ser imprevisible e inevitable, pues incluso aunque hubiera podido llegar a preverse el hecho, su producción y sus consecuencias no se habrían podido evitar ni siquiera aplicando la mayor de las diligencias

exigibles. Se dice que un acontecimiento es inevitable cuando para el sujeto obligado a realizar la prestación era imposible impedir que el acontecimiento en sí mismo se produjera o que se materializasen sus consecuencias dañosas. La aplicación del concepto de fuerza mayor es frecuente porque, en múltiples ocasiones, imprevisibilidad e inevitabilidad van de la mano, de manera que lo inevitable normalmente lo es por no haber podido preverse. Con todo, la diferenciación entre los conceptos de caso fortuito y fuerza mayor es meramente terminológica y carece de trascendencia práctica. En ambos casos, hablamos de causas no imputables al deudor.

No es el acreedor, sino es el deudor que pretenda exonerarse del cumplimiento de su obligación el que tiene que probar que se han producido este tipo de circunstancias ajenas a su capacidad de acción ante la solicitud de su acreedor de exigencia de responsabilidad. Por tanto, las figuras de la fuerza mayor y/o del caso fortuito funcionan a modo de excepción oponible por el deudor frente al requerimiento del acreedor del cumplimiento de alguna de las prestaciones pactadas en el contrato.

En realidad, la exoneración de responsabilidad en supuestos de caso fortuito y fuerza mayor se refiere exclusivamente a la indemnización por daños y perjuicios, pero no al deber de cumplimiento de la obligación por parte del deudor, cuando el cumplimiento de la obligación pactada aún es posible. Por tanto, el efecto liberatorio de las figuras del caso fortuito y la fuerza mayor se dirige a eliminar la posibilidad de que el acreedor no reclame al deudor una eventual indemnización por los daños y perjuicios y podrá ir acompañado de una suspensión en la exigibilidad de la obligación. Sin embargo, esta suspensión no significa que siempre y en todo caso el deudor haya quedado liberado de su obligación de cumplir aquello a lo que se obligó cuando dicho cumplimiento sí sea posible en el futuro, salvo que las partes hubieran acordado algo diferente en el contrato.

18 DEPÓSITO NOTARIAL DE CÓDIGO FUENTE O ESCROW

18.1 Naturaleza y objeto del *escrow*

El *escrow* o depósito del código fuente tiene por finalidad que el código fuente de un programa, así como las correspondientes instrucciones y manuales técnicos, resulten accesibles para el cliente o licenciataria en determinados supuestos tasados por las partes. De esta manera, sobre todo en el caso de que el *software* sea una herramienta clave en la organización del cliente, este se asegura la continuidad del negocio, no haciendo depender la misma de los propios avatares del proveedor o licenciante.

El depósito del código fuente cobra especial sentido en los contratos que no conllevan la cesión total de los derechos de explotación sobre el *software*, sino que comportan una licencia de uso. Y ello porque la cesión, por su propia naturaleza, ya contempla la entrega del código fuente al cliente.

El código fuente -junto con las correspondientes instrucciones y notas técnicas- permitirá a un técnico reproducir el programa, hacer modificaciones y desarrollos sobre el mismo, realizar labores de mantenimiento o desarrollar nuevas versiones.

Este depósito puede ser, a su vez, una obligación que se remunere con independencia del precio pactado por el desarrollo e instalación del programa. En este caso, conviene dejarlo redactado con claridad, a fin de evitar malentendidos. Más aún, el artículo 100.1 de la LPI reconoce al licenciatarario un derecho de reproducción y transformación del programa, incluida la corrección de errores, cuando dichos actos sean necesarios para la utilización del mismo y exista una finalidad legítima -salvo disposición contractual en contrario-. Es por ello que, desde una perspectiva del proveedor, debe limitarse en el contrato la posibilidad de transformación sobre el programa y la remuneración del depósito, tasando los eventos que permiten la accesibilidad del mismo.

El contrato de *escrow* puede ser un contrato independiente -pero siempre complementario a otro principal de desarrollo y/o licencia de *software*- o una cláusula de dicho contrato principal.

En cuanto a su naturaleza jurídica, se considera un contrato atípico, pero con ciertas similitudes con el contrato de depósito. El objeto del contrato de *escrow* es establecer la obligación del licenciante de depositar ciertos elementos de un *software* -código fuente, documentación preparatoria, documentación técnica- ante un tercero, generalmente un notario o un *escrow agent*, para que, dadas determinadas circunstancias, dicho tercero facilite la copia depositada del *software* al licenciatarario con el fin de que pueda acometer las modificaciones necesarias para su funcionamiento. Asimismo, se establece la periodicidad con la que el licenciante actualiza el *software* depositado -generalmente, cada cierto número de meses o cada vez que se crea una nueva versión siendo importante definir qué es una nueva versión-.

Este contrato pretende asegurar al adquirente la continuidad en la utilización del *software* adquirido. En los contratos de licencia, el licenciatarario generalmente sólo adquiere una licencia de uso sobre el *software*, para lo que el licenciante le entrega el código objeto del mismo y el manual de usuario. Así, el licenciatarario no puede realizar ningún tipo de tarea de mantenimiento sobre el *software* licenciado: ni preventivo, ni correctivo, ni evolutivo -para lo que se necesita el código fuente-. Pueden darse diferentes escenarios que afectan al licenciante y que impliquen que el licenciatarario no pueda continuar utilizando su *software*. Para evitar esta restricción de acceso y asegurar al adquirente que pueda seguir utilizando el *software*, reduciendo así su dependencia tecnológica del licenciante, se prevén supuestos en los que puede acceder al código fuente.

También es muy beneficioso para el licenciante. Por un lado, no tiene que facilitar el código fuente a todos sus licenciatararios, evitando así el riesgo de que estos lo utilicen sin su autorización -aunque, eso sí, estarían cometiendo una infracción de los derechos de propiedad intelectual del licenciante-. Por otro lado, genera una prueba de su titularidad. Esto último explicaría la utilidad del depósito de código fuente, como medio más rápido que el Registro de la Propiedad Intelectual, aunque ofrece menos seguridad jurídica que el Registro de la Propiedad Intelectual al no ofrecer presunción de titularidad.

Generalmente estará limitado en el tiempo, ya que los notarios no suelen aceptar depósitos indefinidos. Llegada la terminación del depósito, el mismo podrá renovarse. El *escrow* se renovará hasta que expire la licencia de uso del *software*.

El notario o *escrow agent* ante el que se deposita el *software* debe ser identificado en el contrato. Existen diferencias en caso de que el depositario sea un fedatario público o una entidad privada. En caso de que sea un notario, este emitirá un acta de depósito en la que se reflejen todas las condiciones contractuales que se citan en este apartado. En el caso de que sea un tercero privado, este deberá ser parte del contrato junto al licenciante y al licenciario. Debe tenerse en cuenta que la aceptación de depósitos es voluntaria para los notarios, por lo que algunos de ellos la rechazan, al no tener suficientes conocimientos técnicos. Otros prefieren incluir los depósitos en cajas de seguridad de un banco. Otra opción es no contar con un tercero, sino que sea el propio licenciario quien recibe el *software* precintado, no pudiendo abrirlo salvo que concurran las circunstancias pactadas por las partes contractuales.

La utilización del código fuente obtenido del *escrow* está directamente relacionada con el contenido de la licencia. Es decir, el licenciario podrá utilizar el *escrow* durante el tiempo que dure la licencia, en el período indicado y con las finalidades para las que hubiera adquirido la licencia del *software*. Si el *escrow* sirve para garantizar la continuidad en el uso de varios licenciarios, la retirada del *software* por uno de ellos perjudicaría a los demás. Frente a este problema se presentan varias alternativas: (i) depositar tantas copias como licenciarios; (ii) el licenciario no retira la copia depositada, sino que el depositante genera una copia de ésta y le hace entrega de ella al licenciario.

Deberá establecerse, igualmente, si los costes del *escrow* son asumidos por el licenciante, por el licenciario o por ambos. En este último caso, en qué proporción. Además, habrá que tener en cuenta costes tanto del depósito inicial como de las actualizaciones.

18.2 Supuestos que permiten el acceso al código fuente

A efectos de garantizar, también, una seguridad al proveedor, el depósito del código fuente se realiza con un tercero de confianza, en muchos casos un notario, pactando, expresamente, el listado de eventos que permitirán al cliente acceder al mismo. La determinación de este listado es especialmente relevante y debe realizarse con especial cuidado. Son habituales los siguientes supuestos en los que el licenciario puede acceder al código fuente:

- Concurso, disolución y liquidación del licenciante, o cuando estemos ante un desequilibrio patrimonial que afecte al cumplimiento de sus obligaciones presentes o futuras.
- La desaparición del licenciante o extinción de su personalidad jurídica.
- Cambio en el objeto social o cese en la actividad del licenciante, de forma que deje de actualizar el *software*.
- Fusión o absorción que desemboque en la falta de mantenimiento.
- Falta de interoperabilidad del *software* con otros programas o dispositivos.
- Incumplimiento de las obligaciones de mantenimiento. En este caso, debe definirse con detalle cuándo existe un incumplimiento.
- Solicitud no atendida de actualización del *software*. El licenciario envía un burofax requiriendo la actualización y el licenciante no responde o no actualiza dentro del plazo acordado.

-
- Cualquier otra circunstancia que las partes puedan prefijar en el contrato.

18.3 Obligaciones de las partes

18.3.1 Obligaciones del licenciante

En un contrato de *escrow* resulta habitual regular una serie de obligaciones del licenciante que podrían tener impacto en el depósito del código fuente. A continuación se señalan algunas de las principales obligaciones de un licenciante en el marco de un contrato de *escrow*:

- Depositar el *software* con todos sus elementos, que deberán ser explicados de manera detallada. También es útil depositar los compiladores que se utilizan para obtener el código objeto.
- Comunicar modificaciones en la titularidad de los derechos de propiedad intelectual sobre el *software*.
- Actualizar el depósito de *software* cada vez que se desarrolla una nueva versión.
- Asumir los costes del *escrow*, en su caso (o la parte que le corresponda).

18.3.2 Obligaciones del licenciario

Por su parte, dada la importancia que tiene el código fuente, también resulta habitual establecer una serie de obligaciones para el licenciario. Entre las principales obligaciones del licenciario se encuentran las siguientes:

- Asumir los costes del *escrow*, en su caso (o la parte que le corresponda).
- No comercializar el *software*.
- No desarrollar el *software* salvo en lo necesario para cumplir con las finalidades acordadas.
- Utilizar el código bajo las mismas condiciones establecidas en la licencia y con las facultades adicionales previstas en el artículo 100.1 de la LPI, salvo pacto en contrario.

18.3.3 Obligaciones del *escrow agent*

En aquellos casos en los que el depositario sea un *escrow agent* deberán regularse una serie de obligaciones para este en el contrato, incluyendo las siguientes obligaciones:

- La entrega del código fuente del software al licenciario cuando se den las causas descritas que habilitan al acceso al código fuente.
- La verificación de que el software depositado es correcto (mediante su compilación).
- La custodia del software.
- La confidencialidad e implantación de medidas de seguridad.

18.4 Derechos que se puedan derivar como consecuencia del uso del código en *escrow*

Una de las cuestiones que resulta interesante respecto de los contratos de *escrow* son las consecuencias que se derivan del acceso al código fuente y su posterior uso. En este sentido, hay que partir de la premisa de que, a pesar que el proveedor desaparezca -o se dé cualquiera de las otras causas de acceso al código fuente-, el licenciataria simplemente ha adquirido una licencia de uso, pero no el derecho de transformación del *software*, que es necesario para poder hacer el mantenimiento. Este problema ha sido cubierto por la propia normativa incluyendo, entre los límites a los derechos de explotación del titular de los derechos de propiedad intelectual de un *software*, que no es necesario obtener autorización de este para reproducir o transformar un *software*, incluyendo la corrección de errores cuando ello es necesario para que el *software* pueda utilizarse de acuerdo con la finalidad que le dio el titular. Este límite se reconoce en el artículo 100.1 de la LPI.

No obstante, existe la posibilidad de que el licenciante incluya pacto en contrario en el contrato. Asimismo, debe tenerse en cuenta que el límite no se extiende más allá de la finalidad propuesta inicialmente, por lo que el licenciataria no podría introducir nuevas funcionalidades, sino únicamente asegurar el funcionamiento de las anteriores.

Debido a lo anterior, en el supuesto de que el licenciataria quiera tener la facultad de modificar el *software*, es conveniente que en el contrato de licencia o de *escrow* se reconozca expresamente la posibilidad del licenciataria de transformar el *software*. Además, en función de las circunstancias del caso, debería valorarse la posibilidad de que esta transformación no se refiera únicamente al mantenimiento de la finalidad propuesta inicialmente, sino también a otras nuevas.

19 NOTIFICACIONES

La comunicación entre las partes es esencial para el buen desempeño de las obligaciones contraídas mediante los contratos relativos al *software*. Por ello, es importante establecer un sistema en el que estén previstas ciertas situaciones en las que sea necesario avisar con antelación a la otra parte antes de llevar a cabo una actividad o ejecutar una tarea.

Las notificaciones sirven para que la parte a la cual se dirigen esté informada en todo momento de las cuestiones que se susciten, sobre todo en el caso de que esas cuestiones sean imprevistas. Para tal fin, y sólo a modo de ejemplo, es importante que se establezca en el contrato la obligación de notificar previamente a la contraparte en caso de que se esté en uno de estos supuestos: incidencias, nuevas operaciones, traslado en caso de urgencia, o en caso de que los materiales necesarios no hayan sido puestos a disposición del proveedor o lo hayan sido de manera defectuosa.

Sin perjuicio de que las partes establezcan en el contrato cualquier otra situación en la que sea necesario notificar a la contraparte, es en los casos en los que la obligación principal del contrato pueda

quedar comprometida cuando tales notificaciones adquieren mayor relevancia, para dotar de mayor transparencia y seguridad a la relación entre las partes.

20 TERMINACIÓN ANTICIPADA Y CONSECUENCIAS DE LA TERMINACIÓN ANTICIPADA

Las causas de vencimiento anticipado de un contrato pueden ser muy variadas. Entre ellas la que mayor protagonismo adquiere es el incumplimiento de una de las partes.

En el caso de que la terminación del contrato opere a consecuencia de un incumplimiento, conviene incluir dentro de las cláusulas que dan lugar a la resolución, el incumplimiento de aquellas obligaciones que tengan especial relevancia para las partes, otorgando simultáneamente a tales obligaciones la característica de esenciales al contrato, de forma que podamos invocarlas para instar la resolución del acuerdo.

Hay que tener en cuenta, desde el inicio, que el incumplimiento de las obligaciones a cargo de las partes, especialmente en el caso de contratos de desarrollo de *software*, a menudo no solo produce efectos exclusivamente entre las partes -responsabilidad contractual-, sino que despliega sus efectos a terceros ajenos al propio contrato que de alguna manera se ven afectados por la terminación del contrato o por la dejación en las obligaciones a cargo de las partes -responsabilidad extracontractual-. Pensemos, por ejemplo, que el proveedor no entrega el *software* que va a destinarse al tratamiento de la información de terceros o que será objeto de uso por terceros. Evidentemente, estos terceros no podrán ver satisfechos sus propios intereses.

20.1 Incumplimiento de las prestaciones a cargo de las partes

En las obligaciones recíprocas -ambas partes en el mismo contrato tienen obligaciones la una respecto de la otra-, el incumplimiento de una de las partes de una obligación faculta a la otra a pedir la resolución del contrato. Es, quizás, la causa de resolución del contrato más común.

Sin embargo, no podemos olvidar que, en aras de la seguridad jurídica y el principio de estabilidad contractual, no todo incumplimiento deriva en una resolución contractual. Para que esta terminación anticipada del acuerdo se produzca, el incumplimiento ha de ser grave y ha de recaer en la obligación principal de las partes, esto es, la entrega del *software* y el pago del precio, respectivamente del proveedor y del cliente, y no en las obligaciones accesorias o complementarias. Si estas se consideran importantes y su incumplimiento significativo, deben incluirse en la cláusula de vencimiento anticipado, configurando en el contrato tales obligaciones como esenciales y generadoras de un derecho de resolución a favor de la parte cumplidora.

El incumplimiento parcial y el cumplimiento defectuoso pueden ser asimismo causas de resolución, dependiendo de la forma en que los mismos se configuren contractualmente -deberá explicitarse como causa de resolución todos aquellos incumplimientos o cumplimientos defectuosos que queremos den lugar a la resolución del contrato-.

En la práctica pueden plantearse problemas de incumplimientos dobles o recíprocos en los que ambas partes se acusan recíprocamente de los incumplimientos, quizás como consecuencia de la *exceptio non adimpleti contractus*, que adquiere especial relevancia en relación a las dependencias e interrelaciones entre las partes en un contrato de desarrollo o mantenimiento de *software*. Pensemos, por ejemplo, en las reglas de negocio que el cliente debe proporcionar al proveedor del *software* para que pueda desarrollar el *software* conforme a unas especificaciones técnicas y funcionales o en la necesidad de completar la aceptación de los trabajos antes de la entrada en producción.

En los contratos recíprocos no es exigible la obligación de una de las partes si la otra no cumple la suya. Dicho en términos de resolución, este principio exige que quien propone la resolución del contrato no haya incumplido lo que le incumbe.

20.1.1 Incumplimiento del proveedor en la prestación del servicio

El incumplimiento del proveedor puede darse por varias circunstancias, entre las que se pueden destacar las siguientes:

- Retraso o defecto en la ejecución: si el proveedor, con respecto a cualquiera de los compromisos adoptados en el contrato, se retrasara en su ejecución o si, realizada en tiempo, ésta fuera defectuosa, el cliente podrá resolver el contrato o pedir que el proveedor le indemnice por los daños y perjuicios causados.
- Daños ocasionados por la ejecución: el proveedor, al cumplir con los compromisos adquiridos en el contrato, puede originar algún daño durante la realización de los mismos. También puede suceder que el daño se origine como consecuencia de tal ejecución, y no durante la misma. En ambos casos el cliente tendrá derecho a que el proveedor subsane los daños ocasionados. En el contrato podrá establecerse, por ejemplo, que, si la magnitud de los daños alcanza un nivel considerable, el cliente pueda resolver el contrato y pedir una indemnización.
- Falta total de ejecución: cuando al surgir una incidencia, el proveedor no realice ninguna actuación para solventarla, por cualquier motivo, salvo fuerza mayor, el cliente podrá resolver el contrato y pedir indemnización por daños y perjuicios. En caso de que se estableciesen sanciones al proveedor por su incumplimiento, estas podrán consistir en un porcentaje sobre el presupuesto total o a tanto alzado, pudiendo combinarse ambos, a elección de las partes.

20.1.2 Incumplimiento del cliente

El incumplimiento del cliente puede resultar, a título enunciativo, de las siguientes circunstancias:

- Retraso en el pago de la retribución: la retribución que el cliente ha de satisfacer al proveedor por la prestación del servicio se abonará en un plazo determinado, independientemente de que la retribución sea a tanto alzado o periódica.
- Falta de pago de la retribución: cuando el retraso en la satisfacción de la retribución devengue en una falta total del pago de la misma, ya sea por el término del plazo

establecido por las partes, ya sea tras la notificación del proveedor sin respuesta satisfactoria del cliente, el proveedor podrá proceder a suspender los servicios mientras dure el retraso en pago o resolver el contrato y pedir indemnización por los daños y perjuicios.

- Falta de colaboración del cliente en la prestación del servicio.

20.2 Imposibilidad sobrevenida

La imposibilidad sobrevenida es aquella prestación que era posible en el momento en que se constituye la obligación, y se convierte en imposible en un momento posterior. Las siguientes son características de la imposibilidad sobrevenida:

- La imposibilidad ha de ser absoluta y objetiva, que sea imposible no sólo para el deudor, sino para cualquier persona en cualquier circunstancia.
- La imposibilidad fortuita, por completo ajena a la voluntad del deudor, libera generalmente al deudor del cumplimiento de la obligación.
- Si la imposibilidad es imputable al deudor deberá realizar una prestación equivalente o pagar una indemnización.
- La imposibilidad de la prestación plantea, en las obligaciones recíprocas, la duda sobre si el deudor conserva su derecho a percibir la prestación de la otra parte.

Aunque bastante excepcional, hablaríamos de imposibilidad sobrevenida en los casos en que el contrato se haya celebrado en atención a las especiales características del proveedor -contrato *intuitu personae*-. El 1.595 del Código Civil determina que- estando ante presencia de un contrato *intuitu personae*, la imposibilidad del proveedor de cumplir con su prestación sin causa que le sea imputable, determina la obligación del cliente de abonar el precio de lo ejecutado hasta el momento.

20.3 Imposibilidad temporal prolongada

Esta situación se produce cuando el cumplimiento de la obligación de ejecución y entrega del *software* tiene señalado un término, una fecha o tiempo concreto y llegada la fecha, la obligación no puede cumplirse. La situación es más habitual en aquellos casos en que, no habiendo un término señalado para el cumplimiento, una causa no imputable a las partes -como puede ser una causa de fuerza mayor-, demora el cumplimiento de la obligación de tal forma que se produce la frustración del fin práctico del contrato.

20.4 Mutuo acuerdo de las partes

En cualquier momento las partes pueden acordar el vencimiento anticipado del contrato, desvinculándose de los compromisos recíprocos y pactando las consecuencias que ambas tuvieran por conveniente. Por lo general, en los casos del contrato de desarrollo de *software*, el proveedor entregará al cliente lo ejecutado hasta el momento y el cliente pagará al proveedor el valor del programa de ordenador entregado. Este valor incluye no solo las horas invertidas por el proveedor del *software*, sino además los gastos incurridos para la ejecución de los trabajos.

20.5 Voluntad de una de las partes

Es un supuesto relativamente normal que una de las partes se reserve la facultad de desvincularse del contrato en un momento futuro. Entendemos que es bueno que esta causa se recoja entre las causas de vencimiento anticipado y que se pacte de antemano el coste que la desvinculación contractual puede tener para el proveedor, siempre dentro de unos límites que no resulten abusivos y/o gravosos para la otra parte.

Dichos costes de desvinculación pueden consistir en una cantidad a tanto alzado, en las horas de desarrollo y costes incurridos, en una cantidad variable dependiendo de cuando se inste la resolución anticipada y una estimación del lucro cesante de la parte que no inste la terminación.

Hay que tener presente que el artículo 1.256 del Código Civil declara que la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de una de las partes. Ello implica la necesidad de que en el contrato se recoja expresamente esta facultad y que la facultad de resolución anticipada del acuerdo que se otorgue a una de las partes tenga en el contrato su justa equivalencia -esto es, los costes asociados a la desvinculación del acuerdo-. Estos costes comprenden, entre otros, el esfuerzo e inversiones no amortizadas asumidos por el proveedor para el desarrollo del *software* y, eventualmente, los costes de desmovilización del equipo. Junto a estos conceptos el proveedor podrá, asimismo, exigir el coste de oportunidad, esto es, el coste que le ha supuesto renunciar a otros proyectos por haberse comprometido con el cliente.

20.6 Consecuencias de una terminación anticipada

No puede establecerse un catálogo de consecuencias universales para cualquier causa de terminación anticipada. Se ha analizado la diversidad de causas que pueden provocar la terminación anticipada del contrato. Las consecuencias estarán íntimamente relacionadas con las causas que generan dicho vencimiento anticipado.

Sin perjuicio de lo anterior, se producirán dos consecuencias fundamentales: la resolución del contrato y la indemnización, en su caso, por los daños y perjuicios que pudieran haberse causado. La jurisprudencia entiende que el incumplimiento de un contrato, por el hecho de producirse, no obliga a la indemnización. Para que esta indemnización aplique, deberá probarse el daño por la parte que hubiera sufrido y, también, el nexo causal.

En el supuesto de resolución unilateral por voluntad de una de las partes, junto al pago de los servicios al proveedor hasta la finalización del contrato, las partes podrán pactar que la parte que desista unilateralmente deba abonar a la otra un importe, que variará en función del momento en el que se produce la resolución.

21 RESPONSABILIDAD: DESCRIPCIÓN DE CASUÍSTICA GENERAL Y EXCLUSIONES

21.1 Introducción

El principio de autonomía de la voluntad o principio de libertad de pactos lleva a las partes a introducir cláusulas en los contratos que especifica, modifica o varía el régimen general de responsabilidad contractual que se establece en el Código Civil u otra normativa, adecuando esas cláusulas a negocios jurídicos complejos. Aunque, en algunos casos, el principio de libertad de pactos queda impedido por cuestiones de orden público -por ejemplo, hay aspectos legales que no pueden ser modificados, como la responsabilidad por dolo-.

Es por ello por lo que las cláusulas de responsabilidad en los contratos devienen tan importantes, porque acaban delimitando los efectos económicos del contrato ante cumplimientos insatisfactorios de las obligaciones acordadas.

21.2 La imputación del incumplimiento

Para que haya incumplimiento relevante a los efectos de desencadenar una de las reacciones jurídicas, no basta con que, fácticamente, se produzca una discrepancia de comportamiento o resultado respecto de la determinación realizada en el contrato. Hace falta que el incumplimiento sea material y, adicionalmente, la concurrencia de un criterio de conducta o de situación que permitiera atribuir las consecuencias de este incumplimiento a aquella parte contratante a quien correspondía realizar la previsión contractual incumplida.

En el sistema contractual español, se reconocen generalmente cuatro grandes tipos de criterios de imputación del incumplimiento en sentido material a un contratante:

21.2.1 Dolo

El incumplimiento doloso es un incumplimiento consciente y voluntario, que no precisa de intención especial de causar daño, ni malicia, fraude o mala fe cualificada. Como forma de imputación del incumplimiento en sentido material, en el dolo basta con que la parte contractual se aparte conscientemente de las conductas contractuales que pesaban sobre ella.

Todo incumplimiento voluntario es doloso para la mayoría de las resoluciones del Tribunal Supremo. Las consecuencias de la calificación dolosa del incumplimiento suponen que:

- No son eficaces las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad contractual.
- No se modera la cláusula penal aun siendo teóricamente aplicable a los hechos enjuiciados.
- No juega el límite de la previsibilidad a la indemnización de daños.

Es bien cierto, no obstante, que la trascendencia práctica de la caracterización como doloso de un incumplimiento contractual no es grande, a la vista de la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo,

que raramente hace uso de las consecuencias antedichas, más allá de la cita nominal de los correspondientes preceptos -artículos 1102 y 1107 del Código Civil-.

No obstante la posición dominante en la doctrina y la jurisprudencia, lo cierto es que existen argumentos muy sólidos en Derecho español para reservar la calificación de incumplimiento doloso a los incumplimientos que sean el producto del ánimo fraudulento, de la intención antijurídica de causar daño al otro contratante, o del comportamiento puramente oportunista de quien no ha tenido, desde el mismo momento de contratar, intención de no hacer honor a los compromisos contractuales.

21.2.2 Culpa o negligencia

Para esta forma de imputación, basta con que la parte contractual incumplidora no haya ajustado su comportamiento, previo o simultáneo a las conductas contractuales, a las medidas de cuidado, precaución, atención o desenvolvimiento que son exigidas por el contrato y/o las normas imperativas o dispositivas aplicables, los usos y la buena fe.

Aquí no se aplicarán las consecuencias negativas que se han visto antes en relación con el incumplimiento doloso, si bien es preciso señalar la existencia de restricciones a las limitaciones y exoneraciones de responsabilidad entre empresas, en casos de negligencia muy grave.

21.2.3 Responsabilidad objetiva

Aun sin culpa, el incumplimiento le es imputable a la parte contractual si existe alguna conexión relevante entre el incumplimiento y el sujeto.

El límite general a esta imputación no basada en dolo ni en culpa es el caso fortuito o fuerza mayor - artículo 1105 del Código Civil-.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de caso fortuito y fuerza mayor como fenómeno exoneratorio de la responsabilidad contractual es demasiado amplia y desligada, pero se pueden retratar las notas caracterizadoras de estos eventos calificados jurisprudencialmente como caso fortuito o fuerza mayor, liberatorios de las consecuencias del incumplimiento:

- Carácter extraño y ajeno a la organización y control del contratante incumplidor, en especial cuando se trata de una empresa.
- Imprevisibilidad: Los fenómenos que entran dentro de una regularidad estadística no son caso fortuito o fuerza mayor.
- Precisa la ausencia de culpa, pero exige otros elementos. No basta acreditar la diligencia para excluir la imputación.

21.2.4 Mora

La mora consiste en el retraso culpable en el cumplimiento de la obligación que no impide su ulterior cumplimiento por no hacer imposible la prestación. La *mora* puede ser del deudor o del acreedor. Dispone el artículo 1100.1 del Código Civil que incurren en mora los obligados a entregar o a hacer

alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación.

Son presupuestos de la mora los siguientes:

- Que se trate de obligaciones positivas.
- Que la prestación sea exigible o, si se trata de deudas pecuniarias, que sea líquida. No hay mora, por ejemplo, cuando la determinación de la cantidad a pagar depende de pleito o de un peritaje.
- Que el deudor sea culpable, de modo que no todo deudor que se retrasa en el cumplimiento de sus obligaciones responde ante el acreedor, sino sólo aquél que se ha retrasado por dolo o negligencia.
- Que pese al retraso siga siendo posible la prestación, pues de no serlo no habría mora sino incumplimiento definitivo.
- Que el deudor sea requerido por el acreedor para que cumpla con su obligación. Sin embargo, no será necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista cuando la obligación o la ley lo declaren así expresamente, o cuando de su naturaleza y circunstancia resulte que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio, fue motivo determinante para establecer la obligación.

En el caso de obligaciones recíprocas, ninguno de los obligados incurre en *mora* si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe hasta que uno de los obligados cumple su obligación, empezando entonces la mora del otro.

Los efectos de la mora del deudor son:

- El deber de indemnizar que, en caso de deudas pecuniarias, consistirá en el pago de los intereses convenidos y, a falta de convenio, en el interés legal salvo pacto en contrario.
- El segundo efecto de la mora es que el deudor pasa a responder de la pérdida de la cosa debida incluso en el supuesto de caso fortuito.
- En las obligaciones mercantiles, los efectos de la mora comienzan en los contratos que tuvieren día señalado para su cumplimiento, por voluntad de las partes o por la ley, al día siguiente de su vencimiento.

21.3 Prueba de la culpa

Doctrina y jurisprudencia coinciden al señalar que la cuestión de la responsabilidad del deudor se encuentra muy influida por el régimen jurídico de la prueba, por la distribución de la carga de la prueba. Si se aplica la tesis general, correspondería al acreedor probar el incumplimiento contractual, la culpa del deudor y la relación de causalidad entre culpa e incumplimiento. Sin embargo, un sistema tan estricto no ha sido mantenido nunca. Se podría defender una cierta presunción de culpa del deudor que ha incumplido, produciéndose una inversión de la carga de la prueba. Sin embargo, una regla general en ese sentido no aparece recogida en los textos legales. En ocasiones es aconsejable abordar esta cuestión

en el contrato de forma que de la redacción pueda deducirse que el proveedor debe probar que el incumplimiento obedece a una causa por completo ajena a él.

21.4 Los remedios frente al incumplimiento

Ante un incumplimiento, el sistema jurídico español abre distintas posibilidades de reacción a la parte contractual perjudicada.

Los remedios generales disponibles frente al incumplimiento contractual son: cumplimiento forzoso, indemnización de daños y perjuicios, pena convencional y resolución.

21.4.1 Cumplimiento forzoso

Este remedio frente al incumplimiento supone que la parte contractual insatisfecha podrá exigir la realización de la prestación o conducta incumplida, lo que comprende la entera terminación de lo parcialmente cumplido, la correcta realización de la prestación irregular, la reparación y/o destrucción de lo mal hecho.

Para poder solicitar el contratante insatisfecho el cumplimiento forzoso, bastaría, en principio, con que se hubiera producido el incumplimiento. Según algunas opiniones doctrinales, ni siquiera haría falta que el incumplimiento fuera imputable, pues tal remedio no sería sino mera consecuencia de la permanencia de la obligación contractual tras el incumplimiento, a salvo los casos de imposibilidad.

En general, el cumplimiento forzoso aparece en el derecho contractual español como el remedio general y preferente frente al incumplimiento contractual, y especialmente frente a las obligaciones de hacer, salvo que el contratante insatisfecho prefiriera entonces la indemnización en lugar del cumplimiento o indicando teóricamente la preferencia del cumplimiento en forma específica, pero enfatizando lo que el contratante insatisfecho puede ejecutar por sí mismo y exigir la indemnización equivalente al coste de esa ejecución sustitutoria.

Tal primacía se desvanece cuando esos mecanismos resultan de imposible -o casi imposible- ejecución, desproporcionadamente gravosos para el obligado, insatisfactorios para la víctima del incumplimiento, o innecesariamente retardatorios de tal satisfacción, de modo que el valor conjunto del contrato se reduce para los contratantes. En este caso lo que procede es la indemnización de daños y perjuicios.

21.4.2 Indemnización del interés contractual positivo o del daño a la expectativa

De acuerdo con esta modalidad, el importe de la indemnización será idealmente aquel que restaure a la parte contractual perjudicada en la situación de utilidad o bienestar en la que se hallaría si el contrato se hubiera cumplido perfectamente. En otras palabras, su importe sería el valor de la prestación para el acreedor menos el precio contractual o, en el caso de prestaciones corrientes en el mercado, la diferencia entre precio de mercado en una hipotética operación de reemplazo menos el precio contractual.

Esta indemnización incluye tradicionalmente en los códigos latinos el daño emergente y el lucro cesante. Este segundo elemento se refiere a los beneficios y oportunidades perdidas, siempre que no sean especulativos, inciertos o imaginarios. La existencia y cuantía del daño ha de probarlas quien pretende la indemnización, salvo que el incumplimiento constituya *per se* un daño o perjuicio o frustración en intereses materiales o morales, o en la economía del demandante (en este sentido las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1996, 16 de marzo de 1999, 17 de noviembre de 1999, 28 de diciembre de 1999 y 13 de octubre de 2005: por ejemplo, utilización ilegítima de un bien o derecho de la otra parte).

En Derecho español el interés contractual positivo es la regla general como indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual. Es también el remedio monetario que se usa como medio de reemplazar la ejecución forzosa.

21.4.3 Resolución por incumplimiento

Este remedio permite al contratante víctima del incumplimiento desligarse de los compromisos contractuales asumidos, eliminando o resolviendo la eficacia del mismo, como medio de reaccionar ante un incumplimiento cualificado del mismo por parte del otro contratante. La resolución contractual es un remedio que puede ser utilizado junto con alguno de los otros remedios y por ejemplo obtener la indemnización de aquellos perjuicios que la restitución de prestaciones que, normalmente, acompañará a la resolución, no esté en condiciones de eliminar para colocar al contratante en la situación de utilidad que tras la plena realización del contrato hubiera podido aprovechar.

Por consiguiente, en caso de incumplimiento, la parte contractual que lo sufre está legitimada a resolver el contrato, es decir, a privarle de efectos quedando desligada de los compromisos asumidos y pudiendo demandar de la parte incumplidora la restitución de las prestaciones realizadas hasta entonces.

Sin embargo, no siempre que hay incumplimiento puede el contratante insatisfecho acudir a privar de eficacia al contrato mediante su resolución. El incumplimiento ha de venir cualificado por ciertos elementos que el Tribunal Supremo se ha venido encargando de perfilar en una serie de sentencias, que se pueden resumir en que el incumplimiento debe ser (i) pertinaz y reiterado, (ii) de obligaciones básicas que afectan al núcleo central del contrato, (iii) grave y esencial, (iv) con voluntad de obstaculizar el cumplimiento.

Por otra parte, está claro que no cabe resolución por los meros retrasos. La elevación del retraso a incumplimiento esencial y resolutorio, concediendo al moroso un período adicional para el cumplimiento, si este plazo tampoco se respeta debe pactarse expresamente. Tampoco cabe resolución por incumplimientos meramente parciales o relativos a deberes accesorios, tangenciales o adicionales, si bien el Tribunal Supremo últimamente ha admitido la resolución por incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias, si estas habían sido elevadas, por pacto entre las partes, a causa resolutoria. Tampoco cabe dicha resolución cuando el que pretende resolver no es fiel cumplidor de lo pactado.

Las consecuencias de la resolución en el Código Civil son, tradicionalmente, las de una condición resolutoria, que consiste en que: (i) se priva de efectos – retroactivamente – al contrato, como si este no se hubiera celebrado, (ii) se deben restituir las prestaciones; los dos efectos anteriores (ineficacia contractual retroactiva y restitución de prestaciones) sólo se excepcionan cuando se trata de contratos de ejecución continuada o periódica y (iii) la parte incumplidora deberá indemnizar los daños y perjuicios causados a la parte que resuelve (con la extensión del interés contractual positivo).

21.5 Cumplimiento defectuoso

Es un supuesto distinto al del incumplimiento definitivo. La defectuosa ejecución de la prestación puede afectar a una inexactitud relativa al sujeto (deudor entrega el *software* a un tercero no autorizado para recibirla), una inexactitud relativa al objeto (se entrega otra cosa o un *software* que no reúne todas las características), una inexactitud relativa al lugar (entrega en lugar distinto al pactado), o una inexactitud relativa al tiempo (cumplimiento tardío).

El Código Civil no contempla estos supuestos. Al contrario contempla los supuestos de integridad e identidad del cumplimiento. Por ejemplo, el deudor de una prestación no puede obligar al acreedor a recibir una cosa diferente o a sustituir un hecho por otro contra la voluntad del acreedor o no puede obligar al acreedor a recibir parcialmente los trabajos, etc.

Los supuestos más normales en la práctica son los siguientes:

- El deudor ha llevado a cabo los actos de cumplimiento de la obligación pero ésta no se ajusta a lo pactado contractualmente o de alguna forma se desvía de las líneas previstas (el *software* entregado no cumple con las finalidades previstas).
- El deudor ha cumplido exactamente la prestación pero no ha realizado la prestación accesoria (se entrega el *software* pero no la documentación necesaria para utilizarlo).

Ante esas situaciones de cumplimiento defectuoso, el cliente tiene una acción para la corrección o rectificación de la prestación, esto es, una acción de cumplimiento en forma específica. Además, si la obligación es recíproca puede acudir a la excepción de cumplimiento defectuoso, esto es, oponerse al cumplimiento de la prestación que le corresponde, normalmente el pago del precio. Puede también instar una reducción o ajuste del precio.

21.6 Límites a la responsabilidad contractual

21.6.1 Introducción

Por el principio de la autonomía de la voluntad, las partes contratantes pueden, en uso de su libertad contractual, fijar límites o exonerar, total o parcialmente, al incumplidor del deber de indemnizar daños y perjuicios.

Los límites a la responsabilidad pueden ser:

- Cuantitativos -tope máximo a la indemnización-.
- Cualitativos -exclusión de determinadas clases de daños-.
- Temporales -limitación relativa a la fecha del origen de los daños o de la reclamación de los mismos-.

La libertad de contratar limitaciones y exoneraciones de responsabilidad tiene límites.

Entre las fórmulas existentes en derecho que pueden suponer una limitación a la responsabilidad contractual de las partes se encuentran los siguientes:

21.6.2 Cláusulas de carácter procedimental

No son causas que realmente limitan la responsabilidad, aunque sí la modifican de una manera u otra. Por ejemplo, la inversión de la carga de la prueba y/o la limitación de los plazos para reclamar -aunque parece, más bien, una limitación de los plazos de prescripción-.

21.6.3 Cláusulas penales

Persiguen una función liquidadora del daño, fijando de antemano una cantidad ante un futuro incumplimiento. Estas cláusulas suponen una limitación del importe de los daños que se pueden derivar del incumplimiento y normalmente hacen menos gravoso el mismo. Piénsese en las cláusulas penales que limitan a un porcentaje determinado la responsabilidad del deudor por retrasos o fijan una penalidad máxima. No se puede olvidar que las cláusulas penales pueden perseguir otras finalidades, incluso la de agravar la responsabilidad del deudor de la prestación.

21.6.4 Cláusulas de garantía

La responsabilidad contractual no es una garantía de la obligación. Es una obligación de resarcimiento de daños y perjuicios. Mediante la cláusula de garantía una de las partes se obliga a que aquello que constituye el objeto del contrato permanezca en perfecto estado durante un determinado período de tiempo y a que en el supuesto de que no fuera así proceder a su reparación, sustitución de piezas defectuosas o la sustitución del objeto en sí. Cabe preguntarse si las cláusulas de este tipo, en cuanto suponen un límite temporal, pueden afectar a los plazos establecidos para ciertas reclamaciones y suponen una limitación de responsabilidad del proveedor.

21.6.5 Exclusión de daños indirectos

Es el resultado de la incorporación al contrato de cláusulas de origen anglosajón que excluyen toda responsabilidad por daños indirectos, consecuenciales o consecutivos, e incidentales. Estos conceptos son extraños al Derecho español, que sólo alcanza a distinguir en el artículo 1.107 los daños previstos o que hubieran podido preverse en el momento de la contratación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento.

La principal dificultad de este tipo de cláusulas radica en la deficiente definición o identificación de categorías concretas de daños indirectos. Se dice, de una parte, que los daños directos son los que razonablemente se considere que derivan del incumplimiento del contrato naturalmente o de acuerdo con el curso normal de las cosas. Incluso aquellos daños que razonablemente se suponga que han sido contemplados por quienes contratan en el momento de celebrar el contrato, sin que a estos efectos el incumplimiento pueda considerarse como causa suficiente de un beneficio que se deja de obtener. Los daños directos se presentan como consecuencia natural y necesaria del incumplimiento contractual, aunque no faltan interpretaciones que no excluyen que la consecuencia necesaria del incumplimiento pueda no ser directa. También puede referirse al incremento patrimonial que el acreedor debería de recibir como consecuencia del cumplimiento y que no obtiene como consecuencia del incumplimiento, lucro cesante (lucro cesante que ha exigido, según la jurisprudencia, posibilidad objetiva y consideración de las circunstancias del caso concreto).

No obstante, los daños indirectos, como daños de contenido puramente económico, no encuentran una definición clara en derecho español. Todo lo anterior pone de manifiesto la dificultad en la interpretación de este tipo de daños y de los conceptos utilizados para describirlos.

21.6.6 Cláusulas que modifican los criterios de imputación (culpa)

Estas cláusulas suelen fijarse en distintos grados de modulación de la culpa. Se habla de culpa levísima -omisión del cuidado que ponen las personas escrupulosas-, de culpa leve -omisión de diligencia normal- o de culpa grave -no hacer lo que hacen todos-. Se suele distinguir entre la diligencia general -diligencia de un buen padre de familia- y diligencia de un profesional -diligencia de un ordenado empresario-. Es importante destacar que, en ausencia de pacto expreso, la diligencia exigible será la normal conforme con las circunstancias de modo, tiempo y lugar; esto es, habitualmente, la de un padre de familia.

Suele ser habitual que algunas cláusulas pretendan limitar la responsabilidad del proveedor a los supuestos de culpa grave, excluyendo la culpa leve y levísima. Y ello porque la culpa grave suele equipararse al dolo -cuya exclusión o limitación no está permitida-.

21.6.7 Cláusulas que incorporan un límite cuantitativo de la responsabilidad

Son las cláusulas más frecuentes y limitan la responsabilidad a un porcentaje determinado, bien de las cantidades abonadas, bien de las cantidades que se hayan establecido como precio o contraprestación que percibe el deudor de la prestación. Estas limitaciones cuantitativas de la responsabilidad suelen fijarse exclusivamente en relación con el precio del contrato. Es poco habitual que se establezcan en relación con los daños efectivamente sufridos, fundamentalmente por la dificultad que ello conllevaría.

Si la cifra resultante es muy baja, equivaldría a una exclusión de la responsabilidad y podría plantear dudas a la hora de hacerla valer.

En ocasiones se pacta que existan ciertas obligaciones que no se beneficien de un límite cuantitativo de la responsabilidad. Este sería el caso de los daños personales a terceros, de las violaciones del deber de confidencialidad y de la violación de los derechos de propiedad industrial o intelectual de terceros.

21.6.8 Cláusulas *knock to knock*

La especialidad de estas cláusulas consiste en pactar una distribución de la responsabilidad entre los contratantes en el sentido de que, con independencia de la parte que genere el daño, cada parte asumirá los daños que se causen en sus bienes o en su personal. Las limitaciones de responsabilidad vienen a constituir exclusiones recíprocas de responsabilidad.

21.6.9 Cláusulas que limitan la responsabilidad por referencia a las pólizas de seguro del deudor de la prestación

Es muy habitual que la limitación o exclusión de la responsabilidad se haga por referencia a los términos y condiciones de sus pólizas y coberturas de seguros en materia de límites de cantidad asegurada o riesgos excluidos, de forma que el proveedor de servicios limita su responsabilidad al límite de la indemnización que perciba del asegurador y no responderá de aquellos supuestos que hayan sido objeto de exclusión en la póliza.

Estas causas no tienen nada que ver con las cláusulas de seguro y pudieran añadir un elemento de riesgo al cliente, pues le trasladan los problemas de las pólizas y coberturas de seguro de la otra parte. Además, obligan a hacer un análisis exhaustivo de tales pólizas.

22 RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

22.1 ¿Por qué es importante la cláusula de solución de controversias en un contrato tecnológico?

Esta guía tiene por finalidad identificar diversos problemas que surgen en el ámbito de la contratación del *software* -ya sea en el contrato de desarrollo de *software*, de licencia o de mantenimiento- para, en la medida de lo posible, reducir su frecuencia, si bien hay que tener en cuenta que en ocasiones las controversias resultan inevitables.

Conocer los distintos mecanismos de solución de controversias, junto con sus especificidades y diferencias, no sólo puede otorgar a las partes una ventaja en una futura controversia, sino que puede llegar a permitir a las partes continuar con la explotación o desarrollo de su negocio, que de otra manera sería imposible. Es por ello que una cláusula como es la de la solución de controversias -que en otros tipos de contratos podría quedar relegada a un segundo plano- en los contratos de *software* adquiere un carácter relevante. Identificar el tipo de controversias y las herramientas para la gestión y solución de las mismas de manera eficaz constituye un elemento fundamental para garantizar el éxito en proyectos de componente tecnológico.

Anticipar los problemas típicos de estos tipos de contratos permite a las partes adecuar la cláusula a las necesidades concretas, tomando en consideración el objeto y características del contrato. Se trata, en definitiva, de un ejercicio de pronóstico de problemas y valoración de la importancia del contrato.

Así, no es lo mismo si se trata de un contrato sobre un activo esencial o principal para el desarrollo del negocio de la compañía -incluso cuando no se trate de una empresa tecnológica pero el *software* objeto del contrato, resulta esencial en el proceso productivo o para la prestación de los servicios- que si estamos hablando de un contrato cuyo objeto tiene una naturaleza meramente accesoria y se trata de un *software* fácilmente sustituible, sin apenas impacto para la empresa.

Sin perjuicio de que las partes deben valorar la importancia que tiene la cláusula de solución de controversias en los contratos de *software* -ya sean los contratos de desarrollo, licencia o mantenimiento-, incluso cuando las partes se hubieran sometido a la jurisdicción ordinaria, cabe la posibilidad de que las partes pacten un acuerdo específico de sometimiento de una controversia existente a un mecanismo alternativo de solución de controversias, como sería, por ejemplo, la mediación o el arbitraje. Sin embargo, es preferible que las partes se planteen desde el momento de la redacción del contrato la fijación del mecanismo o mecanismos que resultan aplicables a la solución de controversias que se deriven del contrato, ya que, una vez surgida una controversia, llegar posteriormente a un acuerdo específico para someter la controversia a un mecanismo alternativo de solución de controversias resulta más complicado para las partes.

Como ejemplo, el Centro de Arbitraje y Mediación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (el “Centro de la OMPI”), como proveedor de servicios de solución de controversias con un carácter neutral, internacional y especializado, puede a su vez asistir a las partes en la redacción de la cláusula de solución de controversias, así como a la hora de determinar qué tipo de mecanismo resulta más idóneo para la solución de una controversia específica. Las controversias de las que conoce el Centro de la OMPI no se limitan a la propiedad intelectual e industrial. Por el contrario, los procedimientos de solución de controversias administrados por el Centro de la OMPI -que incluyen la mediación, el arbitraje, el arbitraje acelerado y el procedimiento de decisión de experto- han demostrado ser eficaces para cualquier controversia surgida de un contrato en el que la propiedad intelectual e industrial sea un componente relevante, con independencia de que la controversia afecte a otros aspectos contractuales. Así, por ejemplo, el Centro de la OMPI conoce de controversias en relación con incumplimientos contractuales, calidad y adecuación a las condiciones de servicio o *software* contratado, acuerdos de confidencialidad, ámbito y alcance de las licencias, pago de la contraprestación atendiendo al número de licencias utilizadas, entre otros.

22.2 ¿Qué ventajas presentan los mecanismos alternativos de solución de controversias?

El arbitraje, la mediación y la decisión de experto como mecanismos de solución de controversias nacidas del marco de un contrato de *software* presentan numerosas ventajas para ambas partes del contrato.

El nivel de especialización que permiten es difícilmente alcanzable en la jurisdicción ordinaria. Al fin y al cabo, atribuyen a las partes un control sobre la controversia que no es posible en un procedimiento judicial. Tampoco resulta razonable esperar que los tribunales puedan resolver una controversia en un plazo tan reducido como un mecanismo alternativo de solución de controversias. Una manifestación de

dicho control es, por ejemplo, la posibilidad de que las partes puedan seleccionar a personas especializadas para que conozcan de la controversia -ya sea como mediadores, árbitros o expertos-. Otra faceta de dicho control sería la posibilidad de las partes de personalizar y/o modificar el procedimiento. Las partes pueden determinar dónde quieren que tenga lugar la mediación o el arbitraje -teniendo en cuenta que la elección del lugar de arbitraje determinará la ley que regula el marco procesal del caso-, el idioma que más les convenga y, en el caso del arbitraje, el Derecho que resulte de aplicación -la ley sustantiva que debe aplicar el Tribunal arbitral para decidir sobre el fondo de la controversia-.

Las partes también deben considerar el impacto global que existe en el arbitraje -teniendo en cuenta la ejecución internacional del laudo arbitral-, la mediación -en cuanto las partes pueden extender la aplicación de los acuerdos a más de un territorio- y la decisión de experto -en tanto que las partes pueden delimitar el alcance territorial- como mecanismos de solución de controversias frente a la jurisdicción ordinaria.

Cuando estamos tratando derechos con un efecto y alcance eminentemente territorial, tener que acudir a litigar a distintas jurisdicciones puede resultar costoso para las partes -no sólo desde un punto de vista de los recursos económicos, sino también de los recursos humanos, temporales y materiales-, sin perjuicio de la disparidad de resultados que se pueden obtener en los distintos territorios. Los mecanismos alternativos de solución de controversias se constituyen, por tanto, en una solución transfronteriza eficaz en las que diversas disputas susceptibles de impacto local o en distintos territorios quedan consolidadas en el marco de un único procedimiento.

22.3 ¿Qué aspectos tienen en cuenta las partes de un contrato tecnológico a la hora de redactar la cláusula de solución de controversias?

Las principales consideraciones que tienen en cuenta las partes a la hora de negociar la cláusula de solución de controversias son: (i) los costes; (ii) el tiempo que puede tardar en dirimirse la controversia, especialmente cuando la controversia pueda tener un impacto en la productividad o en el desarrollo de la actividad principal de una o ambas partes; (iii) la ejecutabilidad, especialmente si nos encontramos con un conflicto de ámbito internacional o multijurisdiccional; (iv) la calidad del resultado obtenido, siendo relevante que la persona que conoce de la controversia sea experta en la materia; (v) la confidencialidad, por las repercusiones que puede tener en aquellos casos en los que el *software* es un activo básico o primordial; y (vi) las implicaciones de negocio, entendidas como el impacto que tiene la controversia en el desarrollo de la actividad de las partes. Otro aspecto que podría ser relevante es la necesidad de establecer un precedente respecto de una situación concreta. Sin embargo, rara vez dan importancia las partes a este aspecto, que no resulta típico de los mecanismos alternativos de solución de controversias por cuanto choca con el carácter confidencial de los mismos.

El carácter confidencial de los procedimientos reduce sustancialmente el impacto negativo que pudiera tener la publicidad de una controversia sobre el negocio. Pensemos, por ejemplo, en una empresa en la que el *software* supone un activo esencial para el desarrollo de su negocio de manera que la cesación en el uso del mismo puede tener un impacto altamente significativo.

22.4 ¿Qué mecanismos de solución de controversias pueden establecer las partes en un contrato de *software*?

Cuando el *software* constituye un activo básico, esencial o principal para una o ambas partes, puede resultar especialmente útil la consideración de la mediación, el arbitraje o la decisión de experto como mecanismo de solución de controversias.

22.4.1 Mediación como mecanismo de solución de controversias

La mediación constituye un procedimiento de solución de controversias de carácter consensual, en tanto que las dos partes están de acuerdo en acudir a este mecanismo para la solución de las controversias y que no culmina en una solución o decisión impuesta de manera obligatoria a las partes. El mediador busca ayudar a las partes a solucionar la controversia atendiendo a los intereses respectivos. Así, por su propia naturaleza reduce el carácter antagónico -o de contrapartes- para la solución de una controversia. La mediación se define, con carácter general, como un procedimiento de naturaleza voluntaria en el que las partes cuentan con la figura del mediador para guiar la cooperación entre las partes y facilitar la concreción de un acuerdo. Además, la mediación, al tener naturaleza confidencial, permite a las partes discutir con franqueza posibles soluciones a una controversia, sin que las propuestas u ofertas de solución tengan impacto fuera del procedimiento de solución.

Con la mediación, ambas partes son conscientes de que la controversia surge en el marco de una relación contractual y, por ello, tienen en mente las repercusiones que una controversia mal gestionada puede tener en su relación. En la mediación, el resultado no viene determinado por la aplicación del derecho sustantivo al fondo de una controversia, sino que el resultado se determinará en función de la voluntad de las partes. La mediación permite a las partes la resolución de la controversia atendiendo no sólo al derecho sino también a los intereses comerciales respectivos.

La mediación constituye, por tanto, un procedimiento de solución de controversias útil para poder continuar con una relación contractual sin que la misma tenga que verse impedida o terminada como consecuencia del nacimiento de una controversia -pudiendo incluso mejorar las relaciones comerciales al buscarse el beneficio mutuo o una situación de *win-win* que se podría plasmar en un nuevo acuerdo entre las partes-. Así, la mediación puede resultar en un acuerdo que tiene naturaleza contractual para las partes.

Conforme a las estadísticas del Centro de la OMPI en relación con los procedimientos de mediación, el 70% de las controversias que pasan por una mediación culminan en un acuerdo entre las partes. Sin perjuicio de lo anterior, en aquellos supuestos en los que la mediación no ha culminado en un acuerdo, las partes en la controversia reconocen la utilidad de la mediación como mecanismo para establecer posturas comunes e intereses contrapuestos entre las partes y para definir estrategias con las que continuar en la solución de la controversia.

22.4.2 Mediación seguida del arbitraje (o arbitraje acelerado) como mecanismo de solución de controversias

La mediación puede combinarse con otro tipo de procedimientos alternativos de solución de controversias como, por ejemplo, el arbitraje. De esta manera, las partes pueden intentar alcanzar un acuerdo sobre su controversia o, incluso, crear la nueva base contractual que gobierne su relación. Pero en caso de que el acuerdo no resulte posible, siempre quedará la vía del arbitraje, donde el árbitro alcanzará una decisión que zanje la controversia. Este tipo de cláusulas contractuales combina la naturaleza consensual de la mediación con la fuerza vinculante del arbitraje en el supuesto de que las partes no hubieran sido capaces de resolver la controversia en la fase de mediación.

En estos casos puede resultar recomendable establecer un plazo para la mediación dentro de la cláusula combinada -mediación seguida, en ausencia de solución, de arbitraje- para ayudar a que el caso avance a un acuerdo sin que se prolongue en el tiempo -lo que incrementaría los costes del mediador- o permitir a las partes trasladar la controversia al arbitraje al no haber alcanzado un acuerdo en el plazo fijado. Sin perjuicio de que las partes tienen la posibilidad de que, aun habiéndose iniciado el arbitraje, puedan alcanzar un acuerdo antes de que el tribunal arbitral dicte el laudo.

La siguiente es la cláusula modelo del Centro de la OMPI para la mediación seguida de arbitraje acelerado:

“Toda controversia, diferencia o reclamación que surja del presente contrato y de toda enmienda al mismo o relativa al presente contrato, incluyendo en particular, su formación, validez, obligatoriedad, interpretación, ejecución, incumplimiento o terminación, así como las reclamaciones extracontractuales, serán sometidas a mediación de conformidad con el Reglamento de Mediación de la OMPI. La mediación tendrá lugar en [especificar el lugar]. El idioma que se utilizará en la mediación será [especificar el idioma].

Si la controversia, diferencia o reclamación no ha sido solucionada en la mediación, o en la medida en que no haya sido solucionada en el plazo de [60] [90] días contados desde el comienzo de la mediación, ésta será sometida a arbitraje, mediante la presentación de una solicitud de arbitraje por una de las partes, para su solución definitiva de conformidad con el Reglamento de Arbitraje [Acelerado] de la OMPI. No obstante, si antes de la expiración de ese plazo de [60] [90] días, una de las partes se abstiene de participar o deja de participar en la mediación, se someterá la controversia, la diferencia o la reclamación a arbitraje mediante la presentación de una solicitud de arbitraje por la otra parte para su solución definitiva de conformidad con el Reglamento de Arbitraje [Acelerado] de la OMPI. [El Tribunal Arbitral estará compuesto por [un árbitro único] [tres árbitros].]* El arbitraje tendrá lugar en [especificar el lugar]. El idioma que se utilizará en el procedimiento arbitral será [especificar el idioma]. La controversia, diferencia o reclamación sometida a arbitraje se resolverá de conformidad con el derecho de [especificar la jurisdicción]. (* El Reglamento de Arbitraje Acelerado de la OMPI provee que el tribunal arbitral estará compuesto por un solo árbitro.)”

22.4.3 Arbitraje y el arbitraje acelerado como mecanismos de solución de controversias

El arbitraje se define como un procedimiento consensual, en tanto que las dos partes están de acuerdo en acudir a este mecanismo para la solución de las controversias, que culmina en un laudo de carácter vinculante para las partes.

Uno de los principales beneficios que plantea el arbitraje es que el laudo es vinculante para las partes y ejecutable internacionalmente como consecuencia del Convenio de Nueva York. El laudo es obligatorio para las partes, definitivo -la posibilidad de recurso es limitada-, y cuenta con la misma fuerza ejecutiva que una sentencia judicial.

El arbitraje plantea como ventajas, frente al orden jurisdiccional, la posibilidad de elegir árbitros que sean expertos en un área específica del derecho, que tengan experiencia en un sector económico concreto o que posean los conocimientos técnicos necesarios. Además, el arbitraje permite llevar a cabo un único proceso susceptible de producir efectos de ámbito internacional, mientras que para conseguir efectos en distintos países a través de la jurisdicción ordinaria sería necesario iniciar múltiples procedimientos en los distintos países, existiendo la percepción de que la parte que litiga en su propio país tiene ventaja.

En el marco de un arbitraje intervienen distintos sistemas legales que se dividen principalmente en tres niveles: (i) el derecho aplicable al fondo de la controversia; (ii) el derecho aplicable al proceso del arbitraje; y (iii) el derecho aplicable al acuerdo del arbitraje.

El derecho aplicable al fondo de la controversia constituye el derecho sustantivo elegido por las partes y que el tribunal arbitral deberá considerar para resolver la disputa. El derecho aplicable al proceso del arbitraje es la ley que rige el marco procedimental, por lo general la ley arbitral del lugar elegido para el arbitraje; es decir, determinando el lugar del arbitraje las partes eligen el derecho arbitral. No es necesario que el derecho aplicable al proceso del arbitraje sea el mismo que el derecho aplicable al fondo. Además, con independencia del lugar del arbitraje, por ejemplo, conforme al Reglamento de Arbitraje de la OMPI, el tribunal arbitral podrá consultar previamente con las partes la celebración de las audiencias en el lugar que considere apropiado. El laudo del tribunal arbitral se considerará dictado en el lugar del arbitraje. El derecho aplicable al acuerdo del arbitraje hace referencia a la validez de la cláusula de resolución de controversias en la que las partes acuerdan someter sus disputas a arbitraje, y como tal viene determinada por el derecho aplicable al contrato del que forma parte. Con carácter general, la cláusula de sometimiento a arbitraje será considerada válida si es conforme al derecho aplicable al fondo de la controversia o a la ley aplicable al arbitraje.

Como ejemplo, en aquellos supuestos en los que las partes se someten a un arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la OMPI, el Reglamento regirá el arbitraje, excepto cuando una de sus normas entre en conflicto con una disposición de la ley aplicable al arbitraje que resulte indisponible, en cuyo caso prevalecerá dicha disposición. Asimismo, aquellas partes para las que la celeridad en la resolución de la controversia resulte esencial pueden acudir al arbitraje acelerado de la OMPI. Bajo este procedimiento se condensan las principales etapas del arbitraje, lo que permite concluir el proceso en un plazo menor de tiempo y con un coste más reducido. En el caso de arbitraje acelerado, la

controversia será decidida generalmente por un único árbitro, lo que evita un proceso de nombramiento y de deliberaciones más largo. El arbitraje acelerado sería particularmente apropiado cuando, atendiendo a la complejidad y cuantía de la controversia, no se justifica el acudir a un arbitraje normal, no siendo apropiado para aquellas controversias en las que sea necesaria una extensa presentación de pruebas, análisis de expertos o audiencias prolongadas.

Como se adelantaba anteriormente, una de las principales ventajas que aporta el arbitraje frente a la jurisdicción ordinaria radica en la flexibilidad que tienen las partes a la hora de elegir la persona que decidirá sobre la controversia. Así, por ejemplo, en la solicitud de arbitraje las partes pueden señalar el procedimiento para el nombramiento de los árbitros, los requisitos que deben cumplir los árbitros, así como la nominación de la persona o personas que puedan ser nombradas como árbitros.

22.4.4 Procedimiento de decisión de experto como mecanismo de solución de controversias

El procedimiento de decisión de experto es un procedimiento de carácter consensual en el que las partes someten una controversia a la determinación o decisión de un experto que resultará vinculante para las partes, salvo pacto en contrario, teniendo la decisión del experto los mismos efectos que un contrato entre las partes. Las partes también pueden acordar que la decisión del experto tenga únicamente efecto de recomendación.

Al tratarse de un procedimiento neutral y flexible, las partes tienen libertad a la hora de nombrar a un experto con unas características específicas que le conviertan en la persona más adecuada para la solución de la controversia específica. El procedimiento de decisión de experto, en el marco de los contratos de *software*, puede resultar de especial relevancia cuando hay que determinar aspectos específicos de naturaleza técnica o de negocio. El proceso de decisión de experto puede resultar útil, por ejemplo, cuando las partes busquen un experto neutral e independiente para la valoración de un desarrollo de *software*, la determinación o no de si un *software* cumple con las funcionalidades especificadas en el contrato o para establecer cuándo se cumplen las condiciones señaladas entre las partes para que se pueda acceder al código fuente en el marco de un *escrow*.

A diferencia de la mediación, donde el papel del mediador es el de facilitar un acuerdo en el marco de una controversia -es decir, el mediador no adopta decisiones para resolver la controversia, sino que ayuda a que las partes adopten dichas decisiones-, el procedimiento de decisión de experto culmina con una decisión respecto de la controversia. Asimismo, el procedimiento de decisión de experto puede operar de una manera más informal y expedita que otros procedimientos como el arbitraje. Sin embargo, el arbitraje habitualmente tendrá un alcance más amplio y culmina en un laudo que resulta ejecutable.

23 LEGISLACIÓN Y FUERO APLICABLE

En materia de contratación de *software*, con carácter general, el derecho que resultará de aplicación al contrato dependerá, en principio, de la voluntad de las partes, quienes podrán regular, en esta cláusula, cuál es el derecho que resulta de aplicación. En este sentido, en el apartado de esta Guía dedicado a la

cláusula de resolución de controversias ya indicábamos la posibilidad de que las partes pacten que la controversia, diferencia o reclamación se resolverá de conformidad con el derecho de la jurisdicción que especifiquen en esa cláusula contractual. En este caso, nos estaríamos refiriendo a la determinación del derecho aplicable al fondo y no al derecho aplicable al proceso de resolución de controversias. A este respecto, la competencia de los tribunales de un Estado miembro de la Unión Europea o el sometimiento a un órgano de arbitraje de un país concreto no significa que la ley que se aplique al contrato de *software* -la ley sustantiva- sea la de ese Estado, sino que puede ser la de otro Estado. Aspectos como la localización de las partes contratantes o el objeto del contrato, entre otros, pueden ser relevantes a la hora de determinar la aplicación de distintos textos legales, tanto nacionales como europeos.

Por su parte, el Reglamento Nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo -también conocido como Reglamento Roma I- se aplica en caso de que las partes en un contrato tengan la nacionalidad de un Estado miembro o su residencia en él. El Reglamento fija una norma de libertad de elección de la ley aplicable por las partes y una serie de normas en defecto de tal elección. Para los contratos de *software*, a falta de elección por las partes, se aplicará como la ley aplicable la del país donde el proveedor del servicio tenga su residencia habitual -considerando, como tal, el lugar donde se encuentre la administración central, en caso de personas jurídicas-.

Asimismo, el artículo 10.5 del Código Civil prescribe que se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate; en su defecto, la ley nacional común a las partes; a falta de ella, la de la residencia habitual común, y, en último término, la ley del lugar de celebración del contrato. Se establecen, por tanto, una serie de reglas subsidiarias, dándose preferencia a lo acordado por las partes. Como cláusula de cierre, se aplicará la ley del lugar donde se haya celebrado el contrato.

Cuando las partes hayan sometido la resolución de controversias a un mecanismo alternativo de resolución de controversias como los comentados en el apartado anterior, en la propia cláusula sobre legislación aplicable se determinará la elección del fuero.

En los supuestos en los que las partes deseen acudir a los juzgados y tribunales para la solución de sus controversias, resulta relevante considerar la aplicación de una serie de reglas contenidas en los textos legales que se mencionan a continuación:

- Reglamento Nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo -también conocido como Reglamento Bruselas I Bis-. Este Reglamento se aplica cuando las partes, en un contrato, tienen la nacionalidad de un Estado miembro o su residencia en él. Contiene normas que determinan los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que serán competentes para conocer las cuestiones que se susciten con respecto al ámbito civil y mercantil. El Reglamento contiene reglas generales y una serie de reglas especiales. Para los contratos de *software* es de interés la cláusula especial contenida en el artículo 7, apartado 1.a. Esta norma especifica que una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro Estado miembro [...] en materia contractual, ante el órgano jurisdiccional del lugar en el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirva de base a la demanda. Por tanto, con independencia de en qué

Estado miembro se encuentre la residencia o el domicilio habitual de las partes en el contrato, para el contrato de *software*, serán competentes los tribunales del Estado miembro donde la obligación que trae causa de una posible demanda se haya cumplido o deba cumplirse.

- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. En caso de que una de las partes del contrato de *software* no tenga su residencia habitual o administración central, sucursal o establecimiento permanente en un Estado miembro, sino en un tercer Estado, y la otra parte tenga su domicilio en un Estado miembro, se aplicará la ley interna de ese Estado miembro. En el caso de España, se aplicaría la Ley Orgánica del Poder Judicial. Esta ley contiene, en su artículo 22, una regla para las obligaciones contractuales, según la cual, en defecto de sumisión expresa o tácita, y aunque el demandado no tuviera su domicilio en España, serán competentes los tribunales españoles cuando la obligación objeto de la demanda se haya cumplido o deba cumplirse en España. Por tanto, para los contratos de *software* existen tres vías para declarar competentes a los tribunales españoles: por sumisión de las partes, cuando el demandado tenga su domicilio en España o cuando la obligación contractual se haya cumplido o deba cumplirse en España.

24 CONCLUSIONES

Ya no se entiende el mundo que conocemos sin la presencia diaria y continuada del *software* en nuestras vidas. Si pensamos en el ámbito empresarial, nos resulta casi inconcebible imaginar una compañía que opere en el mercado al margen de la tecnología. De ahí la vital importancia de conocer las implicaciones jurídicas presentes en la negociación y elaboración de los contratos más relevantes que giran en torno al *software*, que son objeto de análisis en esta Guía.

El mundo jurídico que conocemos avanza muy lentamente si lo comparamos con el avance tecnológico. Mientras no tengamos una regulación mucho más clara y profunda de la contratación tecnológica, deberemos seguir trasladando a este tipo de contratos una regulación general que, en ocasiones, tiene difícil encaje con las particularidades del *software*. Resulta, por ello, recomendable para las partes contractuales tratar de ser precisos y completos en la elaboración y redacción de este tipo de contratos, especificando de una manera concreta y detallada sus derechos y obligaciones.

A lo largo de la presente Guía se analizan las principales características e implicaciones de los contratos de licencia de uso, de desarrollo y de mantenimiento de *software* y, en particular, los derechos y obligaciones de las partes contractuales, las características del precio, las garantías y las penalizaciones, las cláusulas de confidencialidad, las implicaciones que el cumplimiento de la normativa de protección de datos de carácter personal tiene en la negociación y la correcta ejecución de este tipo de contratos, así como las controversias que se pueden derivar entre las partes y su resolución mediante los mecanismos alternativos de solución de controversias, entre otros aspectos.

En los contratos de licencia, desarrollo y mantenimiento de *software*, proveedores y clientes deben alcanzar un equilibrio que permita la correcta explotación del programa, en condiciones económicamente justas para ambas partes. La búsqueda de fórmulas contractuales más estandarizadas

que eliminen incertidumbres para las partes contractuales es el objetivo ideal o fin último al que se debe aspirar.

Ello exige que los organismos nacionales y supranacionales, legisladores y agentes del mercado doten de recursos suficientes que permitan el correcto desarrollo del sector jurídico tecnológico. El Derecho no puede dar la espalda a la realidad social y empresarial, sino que debe caminar en paralelo, para dar respuesta a los problemas jurídicos que la práctica plantea. Ya no basta con que el abogado conozca y aplique la normativa vigente, sino que para realizar una correcta aplicación ha de tener conocimientos tecnológicos suficientes y estar familiarizado con el funcionamiento del sector tecnológico correspondiente. Resulta impensable que el abogado asesore y asista en la negociación y elaboración de este tipo de contratos sin un conocimiento efectivo de conceptos tan básicos como el código fuente o el código objeto. Es por ello por lo que las áreas técnicas y jurídicas deben trabajar de manera estrecha y en una misma dirección en la negociación y elaboración de contratos de *software*, con el fin de entender y defender las necesidades e intereses de cada una de las partes implicadas.

Del mismo modo, los mecanismos de resolución de conflictos tradicionales pueden no ser suficientemente eficaces a la hora de dar respuestas efectivas a problemas tecnológicos que escapan del conocimiento de un jurista general. Por ello, los procedimientos de solución de controversias administrados por organismos altamente especializados, como el Centro de la OMPI, resultan una excelente alternativa en caso de disputa.

Contacto:

Asociación Española de Derecho del Entretenimiento – DENAE

Calle Zurbano 73, 5º Dcha. Madrid

España

www.denae.es

Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI (Ginebra)

34, chemin des Colombettes

CH-1211 Ginebra 20

Suiza

www.wipo.int/amc

arbiter.mail@wipo.int