

Título: Contratos informáticos. El contrato de mantenimiento.



Autor: Altmark, Daniel R.

Publicado en: LA LEY 1986-B, 719

SUMARIO: I. Introducción.- II. Definición y caracteres.- III. Clasificaciones.- IV. Obligaciones a cargo de las partes.- V. Rescisión y resolución.- VI. Responsabilidad.

I. Introducción

En nuestra propuesta ante el Congreso Argentino de Derecho comercial celebrado en el mes de octubre de 1984 (1) sostuvimos que "la explosiva irrupción de la informática al proceso productivo, a la vida del comercio interno e internacional, ha incorporado una nueva problemática al ámbito del derecho comercial, que requiere, a no dudarlo, esfuerzos en la profundización del análisis y estudio, y en la elaboración de respuestas jurídicas específicas a la especificidad de la materia en cuestión".

En efecto, ello indica la necesidad de respuestas jurídicas propias a problemas particulares dando lugar a la elaboración a través de organismos internacionales, centros de estudios, universidades, congresos y conferencias, en todo el mundo, de importante material doctrinario y legislativo componente de lo que hoy ya se denomina derecho informático, abordando asimismo, y en profundidad distintos aspectos de los denominados contratos informáticos, es decir aquellos cuyo objeto lo constituyen bienes y servicios informáticos.

Es claro que dichos contratos no constituyen una tipología contractual desconocida.

En efecto, ellos se reducen en general a contratos de compraventa, arrendamiento de bienes, arrendamiento de servicios, licencias de uso, ejecución de obra, etc., pero si bien ello es cierto, la particularidad y complejidad de su objeto, como asimismo su trascendencia económica para la empresa y el Estado, privilegian la necesidad de abordar legislativamente algunos aspectos vinculados a su regulación.

Ese fue el espíritu que impulsó la organización del Primer Seminario Nacional sobre Contratos Informáticos (2), que bajo nuestra coordinación, analizó en profundidad y en un ámbito interdisciplinario, la temática general de contratación informática y el contrato de mantenimiento, que en particular nos ocupa.

La importancia entonces, del análisis del régimen contractual del mantenimiento de equipos de tratamiento sistematizado de datos y sus soportes lógicos o *software* (programas), radica en que la alta tecnología que caracteriza a los productos que constituyen su objeto, indica que después de su adquisición requieren un servicio de mantenimiento, complejo y especializado que garantice la optimización de su funcionamiento.

Dicho mantenimiento -garantía efectiva de la óptima obtención del resultado tenido en mira por el usuario al contratar, resultado prometido asimismo por el proveedor- establece una relación de dependencia de parte del usuario en relación al oferente del servicio, que se traduce en la excesiva onerosidad del contrato, su acentuada inseguridad para el usuario, con fundamento en cláusulas poco claras, ilimitadas causales de eximición de responsabilidad. Ello privilegia la necesidad, a efectos de garantizar un efectivo equilibrio y equidad contractual, de establecer normas regulatorias de los aspectos esenciales de este contrato.

II. Definición y caracteres

"El contrato de mantenimiento es un acuerdo bilateral por el cual una parte, el proveedor, se obliga en forma independiente, a mantener en buenas condiciones de funcionamiento el equipo físico o el soporte lógico indicado por la otra parte, el usuario, que a su vez se obliga a pagar un precio (3)".

En principio, y a efectos de aclarar conceptos mediante una clara comprensión de los términos empleados, debemos destacar que cuando nos referimos a "equipo físico" nos estamos refiriendo al ordenador o

computador, es decir a la máquina, y cuando hablamos de "soporte lógico o *software*", hablamos del programa a través del cual se viabiliza el cumplimiento de su función.

De la definición con que encabezamos este acápite, surgen con claridad, los caracteres fundamentales de este contrato.

Es un contrato bilateral en cuanto engendra obligaciones recíprocas para usuario y proveedor, es oneroso pues las prestaciones a cargo de una de las partes se asumen en vista de las prestaciones a cargo de la otra; al no existir certidumbre acerca de la proporción real que en definitiva guardarán las prestaciones de una de las partes frente a la otra, se caracteriza por su aleatoriedad, atento no conocerse al momento de su suscripción la medida efectiva en que se producirán los riesgos previstos; finalmente, y en atención a su objeto, es un contrato de trato sucesivo o de ejecución continuada.

Desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, debemos recalcar que, si bien el contrato de mantenimiento puede, bajo ciertas circunstancias, subsumirse dentro de alguna de las figuras contractuales legisladas, sus caracteres específicos y la especialidad de su objeto, hacen necesario su particular regulación, aunque no parece atinado prescindir de la legislación, jurisprudencia, doctrina y costumbre del derecho común para contratos afines [\(4\)](#).

Podríamos destacar, en este aspecto, como institutos afines al contrato de mantenimiento, el contrato de trabajo y el de empleo público, la locación de servicios, la asistencia técnica, la locación de cosas y la garantía por vicios redhibitorios.

En relación a ello, es claro en primer lugar que cuando nos referimos al contrato de mantenimiento, no tenemos en cuenta el caso particular de incorporación de personal especializado a la empresa usuaria, relación que según el caso estaría encuadrado dentro del marco del derecho laboral o administrativo.

El contrato que analizamos se diferencia asimismo del de locación de servicios en cuanto éste se caracteriza por la subordinación jurídica existente entre las partes, mientras aquél se establece mediante una relación con respeto absoluto de la independencia jurídica de cada una de ellas. Por otro lado es importante destacar que en el contrato informático de mantenimiento se tiene en mira al contratar no la prestación del trabajo en sí, (que caracteriza a la locación de servicios), sino, el resultado del mismo, esto es el buen y óptimo funcionamiento del ordenador o su programa asumiéndose el riesgo técnico por parte de quien recibe el precio.

La garantía por vicios redhibitorios está orientada a garantizar al usuario por aquellos defectos existentes en el equipo o el soporte lógico al tiempo de la adquisición, y que lo hacen impropio para el destino previsto o disminuyen su utilidad, de tal manera que, de haberlos conocido el adquirente, se hubiera abstenido de contratar, o hubiese abonado un precio menor que el acordado. Dicha garantía obviamente, que los proveedores intentan minimizar, aborda aspectos diferenciales que el contrato de mantenimiento, cuyo objeto es el mantenimiento en buen estado de funcionamiento del equipo y su programa durante un lapso convenido previamente, es decir que no está referido a defectos existentes al momento de efectivizarse el contrato, sino al servicio técnico especializado que, en el período pactado, asegure el "buen funcionamiento".

III. Clasificaciones

Los contratos de mantenimiento pueden ser clasificados en atención a su instrumentación, a las características de la prestación o al carácter de su objeto.

III.a. Con referencia al primer aspecto, las cláusulas contractuales pertinentes pueden incluirse en el mismo instrumento que el contrato de provisión de equipo, o estructurarse en forma independiente, y los podemos clasificar de la siguiente manera:

a) *Independencia real*: Esto se cristaliza, cuando además de instrumentarse separadamente, el prestador del servicio de mantenimiento no es el proveedor del equipo, ni un tercero subordinado de forma alguna al mismo.

b) *Independencia formal*: Se caracteriza exclusivamente por el hecho de que el contrato de mantenimiento se encuentra estructurado en un instrumento independiente, mientras que el proveedor del servicio es el mismo proveedor del equipo, o un tercero directamente subordinado a aquél (5).

La importancia de esta clasificación reside fundamentalmente en que en el caso de la existencia de independencia real, el usuario no podrá oponer el contrato de provisión de equipo al prestador del servicio de mantenimiento, mientras que si la independencia es meramente formal, ni el proveedor ni el usuario podrán escudarse en ella y hacer valer uno con independencia del otro.

Los contratos de mantenimiento pueden clasificarse, asimismo, en atención a las características de la prestación, y en razón de tiempo o del lugar.

a) *Tiempo*: a.1. *Mantenimiento preventivo*: Es el que se realiza en forma periódica a efectos de asegurar el óptimo funcionamiento, y antes de que ocurra una emergencia (6).

a.2. *Mantenimiento de emergencia*: Se presta el servicio en forma esporádica, y sólo ante el hecho de una emergencia (7).

Hay quienes opinan que el mantenimiento preventivo acentuaría el carácter aleatorio del contrato, atento la incertidumbre con referencia al eventual cambio de piezas; pensamos en relación a esto que en la producción o no de la emergencia, es donde más claramente aparece este carácter.

b) *Lugar*: b.1. *En el lugar*: La prestación del servicio se verifica en el lugar físico en que se encuentra el equipo y por medio de una dotación permanente de técnicos del proveedor allí establecido.

b.2. *Por llamada*: El servicio se presta ante el requerimiento expreso.

Si bien la modalidad de prestación del servicio "en el lugar" suele contratarse permanentemente con referencia a grandes equipos, la modalidad "por llamada" es la más frecuente y difundida.

III.b. Con referencia a la clasificación del contrato que nos ocupa, tomando como parámetro el carácter de su objeto, es importante destacar que si bien un sistema informático está formado por varios subsistemas, sólo dos de ellos, el equipo físico (*hardware*) y el soporte lógico (*software*), en forma separada o conjunta, son objeto del contrato de mantenimiento.

Es cierto que, en lo posible, y en atención a la naturaleza sistemática del hecho técnico, corresponde contratar conjuntamente el mantenimiento del *hardware* y el *software*, en especial ante la dificultad real de determinar a cuál de los subsistemas corresponde la falla productora de la emergencia.

En atención, entonces, al carácter de su objeto los contratos de mantenimiento pueden clasificarse en:

a) *Equipo físico (hardware)*: El mantenimiento del computador es el más común de estos contratos, siendo usuales las modalidades preventiva o de emergencia, y por llamada del usuario.

b) *Soporte lógico (software)*: Es menos frecuente el contrato referido a su mantenimiento, pero no por ello menos importante.

En su modalidad "preventiva", y con fundamento en la experiencia adquirida con el empleo de los programas producto por parte de muchos usuarios, consiste en la advertencia de los errores que pueden darse en ciertas circunstancias y las instrucciones para evitarse, comunicadas por medio de circulares remitidas esporádicamente.

En relación a las emergencias, se suelen facilitar soluciones provisionales, incorporándose con posterioridad las definitivas a las nuevas versiones del programa.

El servicio como vimos, se brinda a distancia, por comunicación detallada de las dificultades del usuario.

En el supuesto de programas especiales para usuarios determinados, el mantenimiento siempre forma parte del contrato de desarrollo del *software*, debiendo a pesar de ello, el usuario, y con el objeto de controlar su situación de dependencia con relación al proveedor, exigir documentación exhaustiva y el código fuente, a fin de, eventualmente, recurrir a otra empresa de mantenimiento o resolverlo por sí.

IV. Obligaciones a cargo de las partes

Como ya hemos visto, la obligación esencial del proveedor consiste en una prestación de hacer, esto es, mantener en óptimas condiciones de funcionamiento el equipo indicado por el usuario.

La naturaleza jurídica de las obligaciones de hacer es de dos tipos, según que se haya prometido un resultado determinado (obligación de resultado), o tan solo el compromiso de poner los medios necesarios a tal fin (obligación de medio).

Es obvio que la distinción precedente no es meramente académica, pues además de ser un vital elemento de diferenciación entre el contrato de mantenimiento y el de locación de servicios comunes, como vimos oportunamente, es de fundamental importancia a efectos de calificar y cuantificar la responsabilidad por incumplimiento.

En las obligaciones de medios, es el acreedor quien debe probar, en caso de incumplimiento, el dolo o culpa del deudor. En las de resultado, la carga de dicha prueba pesa en cabeza del deudor, quien por el solo hecho de no haber obtenido el resultado se presume responsable. "No se trata de una hipótesis, pues algunos proveedores, como por ejemplo I. B. M., incluyen, en sus contratos una cláusula según la cual ellos ejecutarán las obligaciones a su cargo 'con toda diligencia razonablemente posible'" (8), con el único objeto de minimizar su efectiva responsabilidad por el incumplimiento.

Es por ello que indudablemente la obligación a cargo del proveedor en el contrato de mantenimiento, es una obligación de resultado, a pesar de que ello no haya sido claramente especificado por las partes, atento a la naturaleza del hecho técnico, la frecuente desigualdad económica de las partes y la probable desigualdad de conocimientos informáticos, resulta razonable que conforme la naturaleza del objeto, ante el mal funcionamiento del equipo se debe presumir la responsabilidad del proveedor del servicio (9).

Dicha obligación de resultado, a cargo del proveedor del servicio de mantenimiento comprende:

a) *Mantenimiento preventivo*: Vimos anteriormente los caracteres de éste, que suele incluir el control y funcionamiento, la limpieza y lubricación y el ajuste y reemplazo de partes.

En los casos en que el servicio es prestado por el proveedor del equipo, parece razonable que las necesidades de mantenimiento preventivo sean determinadas por aquél. Ello es así por dos motivos, por haber, en primer lugar, establecido las especificaciones técnicas del producto, y, en segundo lugar, porque tratándose como señalamos de una obligación de resultado, debe existir cierta autonomía para la elección de los medios idóneos utilizados para alcanzar aquél.

De todos modos deberá interpretarse dicha cláusula en forma objetiva, de acuerdo con las especificaciones técnicas publicitadas, sin transformarla entonces en una obligación potestativa, al dejar al arbitrio exclusivo del proveedor la determinación de la decisión.

b) *Mantenimiento de emergencia*: Comprende las mismas obligaciones incluidas en el punto anterior, pero su cumplimiento o efectivización depende del llamado del usuario una vez acaecida la emergencia.

c) *Reemplazo de piezas*: En primer lugar es importante destacar que la propiedad de las partes reemplazadas, conforme cláusulas usuales, se reserva al proveedor del servicio de mantenimiento (10).

No se exige en general que las partes reemplazadas sean nuevas, mientras tengan un rendimiento que

garantice el "buen funcionamiento".

Esta obligación impone al proveedor del servicio la obligación correlativa de tener disponibles ante el caso de emergencia partes de reemplazo, a fin de evitar que puedan producirse demoras en el funcionamiento del equipo por falta de aquéllas.

Existen un conjunto de servicios que, si bien también están dirigidos a garantizar el "buen funcionamiento" no constituyen parte de las obligaciones a cargo del proveedor del servicio de mantenimiento. Son ejemplo de ellos, el servicio de mantenimiento eléctrico externo a la máquina, mantenimiento o reparaciones atribuibles a intentos no autorizados de reparación por o para el usuario, catástrofe, culpa o negligencia del usuario, sus agentes o empleados, uso impropio o mal uso del equipo, etcétera.

Existe, por supuesto, un conjunto de obligaciones establecidas a cargo del usuario a efectos de la efectivización del contrato de mantenimiento. Son las obligaciones fundamentales a su cargo pagar el precio y cooperar con el proveedor.

a) Así como la obligación esencial a cargo del proveedor es mantener el equipo en buenas condiciones de funcionamiento, la del usuario consiste en pagar un precio determinado o determinable por ella.

El precio del contrato que analizamos, puede ser pactado por ajuste alzado, modalidad también denominada *a forfait*, *a prix fait*, *per aversionem*, y a "destajo", consistente en una suma o precio fijo único y total, fijado de antemano, invariable en principio.

Otra modalidad es la conocida como unidad de medida, en la que el usuario paga el servicio sólo en la medida que lo utiliza, y conforme la unidad previamente convenida.

La mayoría de los contratos prevén generalmente un sistema mixto de fijación del precio, estableciéndose horarios dentro de los cuales estará disponible el servicio de mantenimiento, por un precio fijo, mientras que fuera de dicho horario se deberán abonar cargas adicionales.

b) En el desarrollo de la relación bilateral emergente del contrato de mantenimiento, el usuario debe cooperar con el proveedor a fin de permitirle a éste mantener el equipo en buenas condiciones de funcionamiento, mediante el cumplimiento de un conjunto de obligaciones de hacer y de no hacer.

Entre las primeras ubicamos la de proporcionar al proveedor, sin cargo para éste, espacio adecuado para almacenar repuestos y desarrollar sus tareas, en condiciones de temperatura, ventilación, corriente eléctrica, con sus correspondientes salidas, a distancia razonable del equipo.

Debe asimismo asegurarle al proveedor el pleno y libre acceso al equipo, por supuesto, con respecto de las normas de seguridad previstas por el usuario.

En relación a las obligaciones de no hacer a cargo del usuario, éste debe abstenerse de efectuar por sí o por terceros, tareas de mantenimiento durante la vigencia del contrato, salvo autorización expresa del proveedor.

V. Rescisión y resolución

Además de las causas genéricas de extinción de los contratos, cuyo análisis excede el estricto marco de tratamiento del presente trabajo (nulidad, confusión de las calidades de proveedor y usuario, etc.), existen algunas causales, que por su particularidad merecen un análisis especial.

En principio tratándose el contrato de mantenimiento de un contrato de ejecución diferida, continuada o periódica, es comprensible la facultad generalmente otorgada al usuario de rescindirlo, fijándole tan sólo la obligación de hacerlo previa notificación fehaciente al proveedor, con un cierto término de anticipación, previamente convenido.

También el proveedor cuenta generalmente con la facultad de rescindir, en igualdad de condiciones que el usuario, facultad que consideramos, deberá analizarse en cada caso, y con carácter restrictivo, en especial en aquellos supuestos en que el proveedor ejerza una posición dominante o monopólica en el mercado.

Parece asimismo razonable que en caso de rescisión por voluntad del usuario, no sea de aplicación el principio indemnizatorio comprendido en la normativa del contrato de locación de obra. En efecto, atento contratarse el servicio por períodos, sin plazo final, dado el carácter divisible de las obligaciones contractuales, y teniéndose en cuenta la necesidad o requerimiento del aviso previo, estimamos que no existe obligación de indemnizar por parte del usuario.

Con referencia a la rescisión del contrato por voluntad del proveedor, y en particular al problema de la eventual indemnización debida por éste al usuario, reiteramos nuestra opinión en el sentido de requerir un análisis especial de cada caso a efectos de determinar el carácter monopólico del proveedor en cuyo caso la estará vedada la facultad de rescindir, y si a pesar de ello, obra en tal sentido, deberá las indemnizaciones resarcitorias correspondientes.

VI. Responsabilidad

El análisis de este acápite adquiere trascendente importancia en el estudio del contrato que nos ocupa, atento sus peculiares caracteres.

Las características del mercado informático altamente concentrado, y dominado por pocas y grandes empresas monopólicas transnacionales, impone en la realidad contractual, la inclusión en los contratos de mantenimiento de diferentes cláusulas limitativas de la responsabilidad del proveedor por su falta, demora o mal cumplimiento de las obligaciones a su cargo.

Así, en el caso de contratos con una empresa de mantenimiento independiente, la limitación generalmente consiste en que sólo responde volviendo a efectuar el mantenimiento, o devolviendo una suma que en ningún caso podrá exceder el costo de su cumplimiento por el proveedor del equipo.

Cuando el proveedor del equipo es quien también presta el servicio de mantenimiento, se limita a un año el término de prescripción,-excepto en lo que hace al cobro del precio.

Sea que coincida o no el proveedor del equipo con quien lo mantiene, en ningún caso se admiten los daños indirectos o mediatos.

Pensamos que atento constituir las obligaciones asumidas por el proveedor del servicio, obligaciones de resultado, que lo comprometen a mantener el equipo en "buen funcionamiento", no corresponde la inclusión en los contratos de cláusulas limitativas de la responsabilidad, las que, eventualmente incluidas, deberán considerarse nulas.

Últimamente, en atención a la aleatoriedad del contrato de mantenimiento, ha surgido la idea de una modalidad diferente de estar a cubierto del mal funcionamiento de los equipos: el seguro informático.

Dicho seguro, que podría insumir al usuario un costo menor, se sostiene "puede otorgar una cobertura mayor que el contrato de mantenimiento, por ejemplo en cuanto a la responsabilidad frente a terceros"... [\(11\)](#).

La representación francesa ante el Tercer Congreso de Derecho Informático (Casablanca, Marruecos, 25, 26 y 27 de mayo de 1981), sostuvo que el contrato de mantenimiento podría, con el tiempo, ser reemplazado por el seguro informático.

Disentimos con esta postura; el eventual y saludable desarrollo del seguro informático comprendería aspectos no resueltos acabadamente por el contrato de mantenimiento, pero de ninguna forma creemos que se pueda sostener válidamente, que pueda, de manera alguna, sustituir su función.

(1) ALTMARK, Daniel R. y NAZAR ESPECHE, Félix, "Aspectos de los Contratos Informáticos". Ponencia presentada ante el Congreso Argentino de

Derecho Comercial. Buenos Aires, 22, 23 y 24 de octubre de 1984.

- (2) Primer Seminario Nacional sobre Contratos Informáticos, organizado por la Asociación de Abogados de Buenos Aires y el Consejo Profesional de Ciencias Informáticas, con el auspicio de la Subsecretaría de Informática, en Buenos Aires, durante los días 18 y 19 de junio de 1985.
 - (3) MARCHILI, Alberto, "El contrato de mantenimiento", ps. 32/34, Revista AGORA Núm. 6, 1983/2.
 - (4) IBI - Oficina Intergubernamental para la Informática, DR-03 "Introducción al estudio de los Contratos Informáticos" (1983).
 - (5) PUIG BRUTAU, José, "Fundamentos de Derecho Civil", t. II, vol. II, p. 390, nota 2 "Para lo que hace a la independencia como criterio distintivo de la locación de obra y de servicios", Ed. Bosch, Barcelona, 1956.
 - (6) ROY N., Freed, GSA (USA) - "Glossary Applicable to Rental Purchase and Maintenance, in Computer and Law", p. 170, August 1974.
 - (7) Ver op. cit. en nota 2, ps. 593/4, "Para una comparación entre el mantenimiento preventivo y el de emergencia".
 - (8) de LAMBERTERIE, Isabelle, "Les techniques contractuelles suscitées par l'informatique, ps. 155/7, CNRS, París, enero 1977.
 - (9) BIGELOW, Robert P. and NYCUM, Susan H., "Your Computer and the Law", cláusula 4, en p. 233. Publ. Prentice-Hall, Inc. Englewood Cliffs, New Jersey, USA, 1976.
 - (10) de LAMBERTERIE, Isabelle, "Les techniques contractuelles suscitées par l'informatique, CNRS, París, enero 1977.
 - (11) Idem, nota 10.
-