

VALIDEZ DE LOS CONTRATOS INFORMÁTICOS EN EL DERECHO POSITIVO PANAMEÑO

Jaime Fong Buckridge

Abogado litigante

Gerente de Ejuridica.com, República de Panamá

jfongbuckridge@gmail.com

<https://orcid.org/0009-0000-8795-8788>

DOI: 10.37594/cathedra.n21.1415

Fecha de recepción: 01/03/2024

Fecha de revisión: 10/03/2024

Fecha de aceptación: 27/03/2024

RESUMEN

Hoy día las transacciones comerciales, y otras operaciones de carácter convencional, necesitan lograr validez y reconocimiento, ante el frenesí de los tiempos modernos. Lograr negociar un contrato, en el que se discutan las cláusulas para lograr un acuerdo, ya no es una prioridad, sino lo que se busca lograr es velocidad y volumen, y para esto la herramienta más eficaz son los contratos informáticos. En virtud de lo anterior, los canales digitales o electrónicos, representan la ruta idónea, para que el comercio nacional e internacional, no se ralentice y por tanto, las operaciones sean cada vez más eficientes, pero a la vez, que aseguren a las partes involucradas, los derechos y obligaciones que dimanen de los mismos. El presente artículo analiza la relación existente entre el Derecho y la Informática a partir de los contratos informáticos y las normas de Derecho Positivo que los regulan, según sus características y objeto.

Palabras clave: Contratos, Informática, Derecho, Legislación.

VALIDITY OF COMPUTER CONTRACTS IN PANAMANIAN POSITIVE LAW

ABSTRACT

Today, commercial transactions, along with other conventional operations, require achieving validity and recognition amidst the frenzy of modern times. Negotiating a contract where clauses are discussed to reach an agreement is no longer a priority; instead, the focus is on achieving speed and volume, and for this, the most effective tool is computer contracts. Therefore, digital or electronic channels represent the ideal route for both national and international trade to not slow down, ensuring that operations become increasingly efficient while also guaranteeing the rights and obligations of the involved parties emanating from them. This article analyzes the relationship between Law and Computer Science based on computer contracts and the positive legal norms regulating them according to their characteristics and objectives.

Keywords: Contracts, Computer Science, Law, Legislation

INTRODUCCIÓN

El Código Civil en su artículo 976, establece que, *“Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos.”*; y el artículo 1105 advierte que: *“Contrato o convenio es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o muchas personas.”* (1)

Por su parte el Código de Comercio reconoce en su artículo 194, que, *“En cuanto no esté dispuesto en el presente Código en materia de contratación mercantil, en formato físico o su equivalente electrónico, deberá estarse a los usos del comercio generalmente observados en cada plaza y, a falta de estos, a las prescripciones del Derecho Común relativas a las obligaciones y contratos en general”*; en su artículo 195, *“Los contratos de comercio no están sujetos para su validez a formas especiales. Cualquiera que sea la forma, el medio y/o el idioma en que se celebren, las partes quedarán obligadas de la manera y en los términos que aparezca que quisieron obligarse.”*; en su artículo 196: *“Cuando la ley exija que un contrato se consigne por medio escrito, en formato físico o su equivalente electrónico, esta disposición se aplicará igualmente a toda modificación esencial de este.”*; y en el artículo 198: *“La firma que proceda de algún medio mecánico o tecnológico se considerará suficiente, siempre que esta haya sido emitida en cumplimiento de las formalidades legales establecidas para reconocer su validez.”* (2)

Podemos advertir claramente la noción y visión de la figura del Contrato que poseen ambas normas legales, que, mientras el Código Civil nos ofrece la noción doctrinal y más teórica de la figura, el Código de Comercio nos describe la forma material y práctica del instrumento; y aunque ambas normas hayan sido promulgadas en 1916, podemos observar que el legislador ha sido sabio en actualizar en el Código de Comercio la figura de la tecnología en la formalización de los contratos de comercio; y es que el avance de las tecnologías en las relaciones humanas ha dado un salto cuantitativo y cualitativo desde que solo eran utilizados para fines bélicos hasta llegar a convertirse en parte de casi todas las operaciones comerciales; generando temas de estudio que hace apenas 30 años atrás eran inimaginables. Expresiones como Informática Jurídica, Contratos Informáticos, o Firma Digital dejan de manifiesto que el Derecho y la Tecnología han generado una relación simbiótica que nos confirma que *“El futuro es hoy”*.

El objeto de este ensayo es presentar de manera práctica las normas que resultan aplicables a los contratos informáticos. Es necesario señalar, tal y como lo pudimos advertir, que los contratos

informáticos, como tales, con una tipicidad única y propia, no existen en el ordenamiento jurídico civil. Ello determina la necesidad de acudir a las normas previstas en el Derecho positivo y que resultan de aplicación también a los contratos informáticos, toda vez que en el Código Civil que es la norma que regula con carácter general los contratos, no está definida, cómo si le reconoce su existencia y validez en el Código de Comercio; aunque en este caso solo se aplique cuando la contratación en cuestión constituya un acto de comercio.

ALGUNAS DEFINICIONES

Debemos iniciar con las definiciones que podemos aplicar a la materia en cuestión; así tenemos que el contrato, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, es un pacto o convenio, oral o escrito, entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas. Por su parte los juristas Rafael Rojina Villegas (3) y Ernesto Gutiérrez y Gonzalez (4), coinciden en su definición de contrato al concebirlo como un acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones.

Al momento de definir taxativamente el Contrato Informático, tenemos que el profesor Julio Téllez define que *“Los contratos informáticos tienen por objeto regular la creación y transmisión de derechos y obligaciones respecto de los bienes y servicios informáticos. Es decir, regir conforme a derecho aquellas relaciones contractuales con motivo de la compra o arrendamiento de un sistema, prestación de un servicio de mantenimiento, programación.”* (5)

Debemos tener presente que los Contratos informáticos son contratos atípicos; porque, según Walther López García, *“se toman en consideración los bienes y servicios informáticos, la supuesta novedad o complejidad de los mismos, el desequilibrio de la información entre proveedores y clientes, y el complicado lenguaje técnico entre las partes”*. (6)

TIPOS DE CONTRATOS INFORMÁTICOS

Un aspecto relevante es que los contratos informáticos tienen una estructura compleja y esto permite una multiplicidad de contratos diversos que puede generar, dependiendo de su objeto. Entendiendo por contratación informática aquella cuyo objeto sea un bien o un servicio informático -o ambos- o que una de las prestaciones de las partes tenga por objeto ese bien o servicio informático. Debemos diferenciar este tipo de contratación, la contratación informática, en la que su objeto recae sobre los bienes o servicios informáticos, en el sentido ya expuesto, y la contratación electrónica que es la que se realiza a través de medios informáticos, pudiendo ser su objeto cualquier cosa que pueda ser objeto de contratación, incluso los bienes y servicios informáticos, pero su contratación se realiza mediante documentos electrónicos y firmas electrónicas; esta figura está regulada por la Ley

51 de 22 de julio de 2008. Que define y regula los documentos electrónicos y las firmas electrónicas y la prestación de servicios de almacenamiento tecnológico de documentos y de certificación de firmas electrónicas y adopta otras disposiciones para el desarrollo del comercio electrónico.

Entre las diferentes clases de contratos informáticos que podemos mencionar, resaltamos los más comunes:

- **Contrato de hosting.** Este tipo de contratos, de carácter mercantil, es aquel que se celebra entre la empresa de alojamiento de la página Web y la empresa particular propietaria de dicha página Web.
- **Contrato de outsourcing (tercerización).** Este contrato consiste en la cesión de la gestión de los sistemas de información de una empresa a un proveedor externo. Su finalidad es la de optimizar los resultados, así como permitir a la empresa el acceso a nuevas tecnologías y la utilización de personal especializado que no posee.
- **Contratos sobre el software (Licenciamiento).** Se puede definir como la compra de un programa que no comprende la transferencia de dominio, sino que comprende el derecho, no exclusivo, de uso a perpetuidad del software.
- **Contratos de desarrollo de programas.** Es un tipo de contratación donde una empresa se compromete a diseñar una estructura, sistema informático o herramienta tecnológica para realizar o gestionar alguna tarea específica, exclusiva y única para la empresa.
- **Contrato de mantenimiento informático.** Se trata de uno de los contratos informáticos que más se desarrolla en la práctica; y es el servicio que ofrece el proveedor de servicios tecnológicos a una empresa que por sus limitaciones financieras o tamaño no pueda permitirse tener un equipo de IT propio.
- **Contrato de escrow.** Por el que se deposita el código fuente de un programa de computadora, de manera que el usuario podrá acceder al mismo en caso de ser necesario.

CLÁUSULAS

Las cláusulas más comunes en un contrato informático, además de aquellas típicas o “cajoneras”, propias de toda contratación, como objeto, obligaciones, confidencialidad precio, etc., son:

- **Cláusula de titularidad:** Declara El Licenciente que es el propietario y creador intelectual de “nombre del software”, programa computacional que consiste en “descripción del programa”.
- **Cláusula de descripción del servicio en detalle:** Por sistema se entenderá, “nombre del software” sus diferentes módulos, así como las instrucciones para la unidad central de proceso en cualesquiera medios y toda la documentación relacionada con las mismas,

incluyendo motores de búsqueda.

- **Cláusula de Licenciamiento.** El Licenciante otorga por este medio al Licenciatario, una (1) licencia de uso del Sistema la cual será instalada en la computadora de un usuario y solo podrá ser utilizada en el equipo designado y la cual es intransferible.
- **Cláusula de no transferencia de dominio.** Estas licencias no comprenden la transferencia de dominio, comprenden el derecho, no exclusivo, de uso a perpetuidad de El Sistema, mientras el Licenciatario mantenga las condiciones pactadas en el presente Contrato, sujeto, sin embargo, a que El Licenciatario adquirirá el derecho de uso a perpetuidad del software instalado, aunque El Licenciatario descontinúe el servicio de soporte y actualización.
- **Cláusula de Derecho de autor.** Declara el Licenciatario que reconoce y acepta los derechos de autor y propiedad literaria del Licenciante y por ello, no podrá reproducir, copiar, calcar, emular, transmitir o realizar cualquier acto que implique, cambio, transformación, traspaso a título oneroso, gratuito o de cualquier combinación o forma y que esto signifique la utilización del SISTEMA sin que medie la debida autorización de El Licenciante y la remuneración económica a que haya lugar.

CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS INFORMÁTICOS

En función del criterio de clasificación que se escoja son diversas las clasificaciones que pueden hacerse de los contratos informáticos, si bien aquí la misma se limitará, a efectos expositivos, en función de su objeto, pudiendo ser este hardware, software o servicios informáticos, o en virtud del negocio jurídico bajo el que se realice la contratación en cuestión.

Respecto del objeto de los contratos, este puede ser tanto hardware, como el software, o tratarse de un contrato que verse sobre un servicio auxiliar. En el caso de los contratos de hardware, debe entenderse por tal un concepto amplio, ya que quedarían incluidos dentro del mismo todos los componentes que, físicamente, formen parte del sistema.

Si el contrato recae sobre el software, será necesario distinguir entre el software de base o de sistema, de utilidad, y de aplicación o de usuario, puesto que a diferencia de lo que ocurre en el primer caso, este último deberá responder a unas necesidades específicas del usuario, y además deberá ser compatible con las características generales del sistema en el que se instala y que no ha sido previamente determinado por el usuario del mismo.

Los contratos informáticos también pueden clasificarse por el negocio jurídico bajo el que se realizan, siendo posible en este caso que existan tanto con tipos de contratos como negocios

jurídicos, pudiendo señalarse sin ánimo exhaustivo, los contratos de compraventa, de arrendamiento financiero o leasing, de mantenimiento o de prestación de servicios. (7)

CONCLUSIONES

A modo de conclusión podemos advertir la problemática fundamental de este tipo de contratos, que consiste en el desequilibrio notorio existente entre las partes, ya que comúnmente el proveedor de bienes o servicios se vale de sus conocimientos técnicos sobre la materia para imponer sus condiciones al usuario mediante una redacción contractual con términos muy técnicos, en detrimento de los elementos jurídicos, los cuales, en la mayoría de las ocasiones son aceptados por los usuarios debido a sus necesidades informáticas y la falta de adecuada asesoría técnica, convirtiendo a éstos en verdaderos contratos de adhesión.

Además de que este tipo de contratos manifiestan una gran cantidad de lagunas jurídicas, las cuales, a su vez, son eventualmente fuente de controversias y conflictos, por la imprecisión en aspectos tan importantes como las garantías, responsabilidades, reparación del sistema, actualizaciones tipo “*update*” y “*upgrade*”, las condiciones de soporte entre la casa fabricante y el proveedor local por un lado y entre el proveedor local y el cliente final; que por políticas comerciales; cambios en la legislación interna de su país, o por simple estrategia comercial, estas condiciones cambien y queden inclusive en conflicto con aquellas que se pactaron al inicio de la relación contractual con el cliente final, entre otras.

RECOMENDACIONES

Sobre el base de lo anterior podemos sugerir un mayor trabajo de preparación con respecto a la claridad en los términos informáticos, procurando una castellanización y mejor desarrollo de los términos, además de procurar un mejor conocimiento de los elementos técnicos por parte de los usuarios, así como una redacción más jurídica de esta categoría de contratos.

Por otra parte, es igualmente conveniente depurar aspectos tan importantes como los llamados “*riesgos informáticos*”, entendidos éstos como las amenazas de daño (entiéndase siniestros o desastres) susceptibles de presentarse respecto a los bienes y servicios informáticos, definiendo los valores de los equipos que en informática tienden a, no solo a quedar obsoletos en periodos muy cortos de tiempo, sino a la compatibilidad con otros equipos como scanner.

Además de las situaciones que surjan con respecto a las políticas de las casas fabricantes y las condiciones pactadas por el proveedor local frente a cliente; que pueden cambiar sin previo aviso, y estas políticas o condiciones deben ser coherentes con la legislación de cada país. Un

ejemplo aleccionador fue lo sucedido con el Y2K o “*virus del milenio*”; el cual fue un bug o error de software causado por la costumbre que habían adoptado los programadores de omitir la centuria en el año para el almacenamiento de fechas (generalmente para economizar memoria), asumiendo que el software solo funcionaría durante los años cuyos números comenzaran con 19. El miedo consistió en que los sistemas informáticos pudieran fallar y provocar el caos y graves daños de todo tipo en los países y en las empresas. Finalmente, al llegar el sábado 1 de enero del año 2000 solo se detectaron problemas menores, casi anécdotas, que no provocaron ningún daño humano, material o económico significativo; pero si provocó que de manera masiva tanto gobiernos como empresas grandes y pequeñas e individuos particulares tuvieran que realizar grandes inversiones económicas, invirtiendo en equipos y programas informáticos, temeroso y preocupados por los posibles efectos catastróficos del cambio de siglo y los dígitos de sus equipos. (8)

Como corolario, podemos afirmar, que se requiere una actualización del derecho positivo que permita consolidar a su vez al derecho informático mediante la regulación jurídica de problemáticas particulares que generan los contratos informáticos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Código Civil de la República de Panamá.
- Código de Comercio de la República de Panamá.
- Davara & Davara, Asesores Jurídicos. (2009). Contratos informáticos.
- Gutiérrez y González, E. (2010). Derecho de las Obligaciones (18.^a ed.). Editorial Porrúa.
- López García Walther. (2017). Derecho informático. Manabí.
- Peisojovich, M. (1998). Soluciones informáticas para el año 2000. Buenos Aires. ISBN 9879131584.
- Rojina Villegas, R. (2011). Compendio de Derecho Civil. T. IV Contratos (33.^a ed.). Editorial Porrúa.
- Téllez Valdés, J. (s.f.). Contratos informáticos. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.