

## **Contratos de Software y Consultoría Profesional en la República Argentina. Redacción, Análisis e Implicancias Legales**

**Por Federico Frachia Sabaris. Publicado en el Diario El Derecho el 3 de febrero de 2015.**

**Sumario:** I. Introducción. – II. Aspectos generales. 1. Naturaleza jurídica de los contratos de software. 2. Principales cláusulas, articulaciones y Previsiones legales instrumentadas en los contratos de software. 2.1. Instrumentación: ¿contrato o carta oferta? 2.2. Condiciones de transmisión, licencia y propiedad intelectual. 2.2.1. Software. 2.2.2. “Entregables” o servicios específicamente delimitados en relación con el software. 2.3. Límite de responsabilidad y garantías. 2.4. Protección de los derechos de propiedad intelectual. 2.5. Información confidencial y datos personales. 2.6. Personal asignado para la prestación y desarrollo de los “entregables” o servicios específicamente delimitados en relación con el software. III. Conflictos Interpretativos. IV. Conclusión.

### **I. Introducción**

El tema que analizaremos en este estudio, particularmente interesante, es el licenciamiento de Software y Servicios por Consultoría Profesional en la República Argentina, los cuales día a día ganan más terreno. La interminable carrera por continuar avanzando y actualizando tecnológicamente las estructuras empresariales parece no tener un límite cierto, y conjuntamente con este avance los tecnicismos jurídicos y las articulaciones contractuales cada día toman nuevas formas para lograr adaptarse a este acelerado mercado.

La realidad es que la mayoría de las empresas que desarrollan Software y/o comercializan este tipo de productos son extranjeras, luego, ya sea directamente desde el exterior o a través de una sociedad local que directa o indirectamente es participada en su control accionario y controlada por la casa matriz, comercializa el software en Argentina. En esta inteligencia, la redacción de los contratos en forma local, y pese a su necesaria adaptación al lenguaje jurídico y formalismos locales, intenta reflejar con mayor fidelidad las previsiones, puntos y comas tenidos en mira por la casa matriz a la hora de contratar en su país de origen.

El hecho de que las empresa de Software posean una sociedad local constituida y registrada conforme la Ley 19.550 ayuda mucho para este tipo de transacciones, de lo contrario estaríamos ante contratos entre partes internacionales alcanzados por el Régimen de Control de Cambios (“Régimen”), que entiende sobre todos los ingresos y egresos de divisas a través del Mercado Único y Libre de Cambios (“MULC”), el cual se encuentra principalmente regulado por el Banco Central de la República Argentina (“BCRA”), y en los últimos meses por la Administración Federal de Ingresos Públicos (“AFIP”), cuyo progresivo control del comercio durante la última década, principalmente a través de la AFIP, la Secretaría de Comercio Exterior (“SCE”), el BCRA y otras entidades gubernamentales, mediante la aplicación de la Declaración Jurada Anticipada de Servicios (“DJAS”), entre otras, hacen un poco más engorrosa la operatoria administrativa y bastante más costosas las previsiones

sobre gastos en “horas hombre” que requieren las empresas para llevar a cabo estos procesos.

Partiendo de la base de que contamos con una sociedad constituida localmente que tiene los derechos para comercializar el software y/o los servicios de consultoría relacionados, veremos de las más variadas cláusulas legales conteniendo, en casos pocas, y en otros muchas previsiones legales íntimamente ligadas con los tecnicismos del objeto contractual y con las incesables fluctuaciones del mercado Argentino. Fluctuaciones que afectan considerablemente este tipo prestaciones ya que normalmente, las mismas están conformadas por una estructura de costos en dólares estadounidenses (por transferencia de tecnología, capacitación de personal, gestión y control internacional, amortización de tecnología, etc.), y es preciso lograr mantener la ecuación económica inicial tenida en miras por la empresa al contratar.

## **II. Aspectos generales**

### **1. Naturaleza Jurídica de los Contratos de Software**

Antes que nada comenzaremos por definir a qué nos referimos específicamente cuando hablamos de Software. Tiene dicho el Decreto N° 165/94<sup>1</sup>, aclaratorio del artículo 1° de la Ley N° 11.723, que por obras de software, se consideran los diseños, tanto generales como detallados, del flujo lógico de los datos en un sistema de computación; los programas de computación, tanto en su versión fuente, principalmente destinada al lector humano, como en su versión objeto, principalmente destinada a ser ejecutada por el computador, y la documentación técnica, con fines tales como explicación, soporte o entrenamiento, para el desarrollo, uso o mantenimiento de software.

Por otro lado, según la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, cabe definir al software como "un conjunto de instrucciones que, una vez transpuesta sobre un soporte descifrable por una máquina, pueden indicar, hacer cumplir, o hacer obtener una función, una tarea o un resultado particular, por una máquina

---

<sup>1</sup> “Artículo 1° — A los efectos de la aplicación del presente decreto y de la demás normativa vigente en la materia: a) Se entenderá por obras de software, incluidas entre las obras del artículo 1° de la ley 11.723, a las producciones constituidas por una o varias de las siguientes expresiones: I. Los diseños, tanto generales como detallados, del flujo lógico de los datos en un sistema de computación; II. Los programas de computación, tanto en su versión "fuente", principalmente destinada al lector humano, como en su versión "objeto", principalmente destinada a ser ejecutada por el computador; III. La documentación técnica, con fines tales como explicación, soporte o entrenamiento, para el desarrollo, uso o mantenimiento de software. b) Se entenderá por obras de base de datos, incluidas en la categoría de obras literarias, a las producciones constituidas por un conjunto organizado de datos interrelacionados, compilado con miras a su almacenamiento, procesamiento y recuperación mediante técnicas y sistemas informáticos. c) Se considerarán procedimientos idóneos para reproducir obras de software o de base de datos a los escritos o diagramas directa o indirectamente perceptibles por los sentidos humanos, así como a los registros realizados mediante cualquier técnica, directa o indirectamente procesables por equipos de procesamiento de información. d) Se considerará que una obra de software o de base de datos tiene el carácter de publicada cuando ha sido puesta a disposición del público en general, ya sea mediante su reproducción sobre múltiples ejemplares distribuidos comercialmente o mediante la oferta generalizada de su transmisión a distancia con fines de explotación. e) Se considerará que una obra de software o de base de datos tiene el carácter de inédita, cuando su autor, titular o derechohabiente la mantiene en reserva o negocia la cesión de sus derechos de propiedad intelectual contratando particularmente con los interesados.

capaz de dar tratamiento a la información". Contrariamente al hardware, que es el elemento físico de los sistemas de tratamiento de información, el software es el elemento inmaterial<sup>2</sup>

En este sentido, más allá del proceso de registración que prevé la normativa particular, vemos que existen diferentes expresiones sobre el concepto de obras de software y base de datos, así como de sus diversos medios de reproducción, para de esta manera intentar un eficaz alcance y aplicación de la Ley de Propiedad Intelectual y Derechos de Autor.

Los contratos de Software caen dentro de lo que la doctrina comenzó a nombrar como Contratos informáticos, y el objeto de estos contratos es la "operación jurídica por la cual se crean, modifican, transmiten o extinguen relaciones, obligaciones sobre bienes y/o servicios informáticos. Estos bienes y/o servicios informáticos se integran generalmente en un sistema, que es el conjunto de elementos materiales e inmateriales, ordenados e independientes, vinculados por un objeto independiente"<sup>3</sup>.

Pero, ¿es correcto llamar al software propiamente cosa? En principio, el programa de computación no se ajusta a la noción jurídica de "cosas" que propone nuestro Código Civil, y si bien la materialización jurídica de su comercialización no es ajena al contrato de compraventa ni al de locación de cosas, cabe advertir que ambos contratos recaen sobre cosas corpóreas, cosas según la definición brindada por el Artículo 2311<sup>4</sup> de Código Civil Argentino; por ello, los conceptos de propiedad y goce no se adaptan a los bienes inmateriales. Ahora bien, el contrato sobre un programa de computación no recae sobre una cosa, quizá pueda inferirse, en principio y si aplicase, que recae sobre los medios físicos en los cuales el software está contenido, que es el programa en tanto componente inmaterial del sistema informático. "Sólo puede hablarse de compraventa con respecto al **soporte físico** (Ej: CD-ROM) que sirve de continente al programa -cuanto mucho puede extenderse dicha calificación al programa operativo necesario para que la maquina funcione, considerándolo como elemento inherente a la misma. Pero obviamente el interés del adquirente no se satisface con la adquisición del soporte físico, pues el núcleo del objeto de los contratos sobre el software está en su calidad de bien inmaterial, que recoge la creación intelectual de su autor"<sup>5</sup>. Al tener la propiedad del soporte podrá acceder al bien inmaterial que contiene, del cual podrá obtener la utilidad estrictamente en los términos que ha fijado el autor. En virtud de lo expuesto, no corresponde aplicar al vínculo contractual las normas de la compraventa.

Podríamos concluir afirmando que: (i) el contrato de licencia propiamente dicho "es una convención por la cual se autoriza a alguien, por un determinado período de

---

<sup>2</sup> Revista de Derecho Privado y Comunitario, Tomo 2003-3, Editorial Rubinzal - Culzoni, pág. 111. y Boletín de Jurisprudencia BJCCOM 7/2008 / N° de Sumario 1379 (A&CISA C/ BUENOS AIRES SOFTWARE SRL S/ ORDINARIO)

<sup>3</sup> Jorge Mosset Iturraspe: "La excepción de incumplimiento en el contrato informático y la condena condicional", LL, tomo 1991-A-407 y Boletín de Jurisprudencia BJCCOM 7/2008 / N° de Sumario 1379 (A&CISA C/ BUENOS AIRES SOFTWARE SRL S/ ORDINARIO)

<sup>4</sup> "Art. 2.311 Código Civil: Se llaman cosas en este Código, los objetos materiales susceptibles de tener un valor. Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de apropiación."

<sup>5</sup> Revista de Derecho Privado y Comunitario, Tomo 2003-3, Editorial Rubinzal - Culzoni, pág. 126/7 y Boletín de Jurisprudencia BJCCOM 7/2008 / N° de Sumario 1379 (A&CISA C/ BUENOS AIRES SOFTWARE SRL S/ ORDINARIO)

tiempo a ejercitar ciertas facultades emergentes de un derecho protegido por las leyes de propiedad intelectual, que permiten al tercero el aprovechamiento económico del bien.”<sup>6</sup> Y; (ii) el contrato de licencia de uso de software "es el contrato en virtud del cual el titular de los derechos de explotación de un programa de computación autoriza a otro a utilizarlo, aunque conserva la propiedad del programa. Los derechos que recaen sobre los mencionados contratos, son de naturaleza totalmente diferente de los relativos a los bienes corporales y, pueden ser cedidos al mismo tiempo a múltiples adquirentes”<sup>7</sup>.

## **2. Principales Cláusulas, Articulaciones y Previsiones legales instrumentadas en los Contratos de Software.**

### **2.1. Instrumentación ¿Contrato o Carta Oferta?**

El primer obstáculo a sortear es la forma en que las partes acuerdan instrumentar la relación jurídica. Actualmente, y considerando los elevados montos que suelen pactarse en este tipo de negocios, el hoy tan nombrado Impuesto de Sellos está llevando cada vez más y más a las partes (comúnmente con algún tipo de relación ya fidelizada) a optar por instrumentar el negocio a través de una Carta Oferta o Carta Propuesta, aunque muchas veces criticada por los más escépticos, en razón al velo de “incertidumbre obligacional” y desconfianza, y por no brindar las “mismas seguridades” que brindan los contratos. La realidad es que la Carta Oferta es un vehículo apropiado para evitar tener que tributar el mencionado impuesto, tiene dicho la jurisprudencia en numerosos pronunciamientos, de los cuales podemos mencionar “Petrobrás Energía S.A. c/ Provincia de Chaco s/ acción declarativa de certeza”; “YPF c/ Provincia de Tucumán ”; “Esso Petrolera Argentina SRL c/ Provincia de Entre Rios s/ acción declarativa de certeza” y “Esso Petrolera Argentina SRL c/ Provincia de Chaco”, “Yacimientos Petrolíferos Fiscales SA c/Tierra del Fuego”; “Esso SAPA c/Santiago del Estero”, “Petrobras Energía SA c/ Entre Ríos”, “Shell Compañía Argentina de Petróleo SA c/Entre Ríos”, entre otros, que es improcedente y corresponde declarar inadmisibile la pretensión del Fisco de aplicar el Impuesto de Sellos sobre las ofertas de compra, aceptadas en forma tácita, ya que se encuentran en pugna con las disposiciones y no reúnen los requisitos y caracteres exigidos por la Ley de Coparticipación Federal de Impuestos N° 23.548 (la “Ley de Coparticipación”), para ser consideradas “instrumentos”. El centro de la cuestión para definir si corresponde la aplicación o no del impuesto de sellos, es la forma/instrumento empleado por las partes para manifestar su voluntad de contratar.

Sin perjuicio de que este tema en particular, y por sí solo, sea merecedor de un análisis profundo y completo que trate y analice las diferentes posturas en relación con los cambios normativos a través del tiempo, no continuaremos ahondando sobre el presente. La conclusión es que las partes suelen optar por entablar la relación a través de una carta oferta, la cual no hará más que replicar las cláusulas del contrato, salvando el formalismo.

---

<sup>6</sup> Revista de Derecho Privado y Comunitario, T. III, Ed. Rubinzal - Culzoni, pág. 125

<sup>7</sup> Vibes, Federico P., "Contratos informáticos. Estándares aplicables", La Ley Online, publicado el 15.7.08, pág. 2)

Por último y dejando de lado el tema impositivo “causa” de la migración en la instrumentación, y focalizándome en la carta oferta en sí, la realidad es que este miedo por parte del escepticismo general tendría análogamente, que encontrar parcial refugio en la doctrina “Venire contra factum proprium nulli conceditur” que no es más que las conductas de las partes luego del acuerdo contractual. En este sentido, tiene dicho la jurisprudencia: (i) *“el artículo 218, inc. 4° del Código de Comercio, que determina que la actividad de las partes es un elemento relevante para interpretar el negocio celebrado: “...los hechos de los contrayentes, subsiguientes al contrato, que tengan relación con lo que se discute serán la mejor explicación de la intención de las partes al tiempo de celebrar el contrato”*<sup>8</sup>, (ii) “como ejemplificación de la denominada fuerza probatoria de la conducta en juicio el –venire- expresa un claro valor indiciario en el artículo 163, inc.5°, párrafo tercero del Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Nación: -la conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso podrá constituir un elemento de convicción para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones-. La subyacencia del –venire- que apoya en esa norma se advierte con claridad en la variante conocida como -prueba de intercadencia-<sup>9</sup>, (iii) “Varios son los elementos sustanciales y constitutivos del –venire- enunciados por la doctrina: que exista identidad de partes, que la situación se produzca dentro de la misma situación jurídica, que la conducta previa tenga significado unívoco, que la conducta previa y la pretensión ulterior resulten incompatibles, que la conducta previa sea válida, voluntaria, relevante, eficaz, deliberada, libremente adoptada y no medie error o vicios de la voluntad que la declaración previa ya sea expresa o tácita (art. 915 C.C.), haya tenido aptitud para producir confianza en la otra parte. En síntesis, la experiencia arroja pocas dudas sobre el efecto favorable que a la 'seguridad jurídica' y a la 'transparencia' produce el respeto a la buena fe (art. 1198 C.C.)”<sup>10</sup>

## **2.2. Condiciones de transmisión, licencia y propiedad intelectual.**

No estaríamos apresurándonos si afirmamos que las estipulaciones de condiciones y el modo por el cual se van a otorgar derechos son el tema central y más importante en los contratos de software. Sin perjuicio del resto de las articulaciones que el licenciante pueda realizar en la instrumentación de la relación jurídica, lo que le asegurará y protegerá el futuro de su negocio y la comercialización de sus productos, será una correcta previsión sobre los derechos que transfiere y los que se reserva.

A continuación redactaré algunas de las cláusulas mayormente utilizadas, tanto en español como en inglés, para una correcta protección de los derechos del transmitente.

### **2.2.1 Software**

- La licencia de Software será otorgada por la Empresa al Cliente como una licencia de uso no exclusiva, no asignable e intransferible, cuya finalidad es el uso con los sistemas operativos detallados por el Cliente. La propiedad del

<sup>8</sup> CNCom., Sala B, 13/02/2014. - GSM GRUPO SOLUCIONES MOVILES S.A. c. AXM ARGENTINA S.A. s/Ordinario

<sup>9</sup> Idem

<sup>10</sup> Idem

Software y su documentación continuará siendo de la Empresa y, si correspondiere, de sus licenciantes en todo momento. Los avisos de derechos de autor y demás avisos sobre derechos de propiedad intelectual reproducidos en el Software no podrán ser eliminados ni modificados. Este contrato, cualquier anexo que se firmase y/o cualquier modificación por escrito a la que se arribase posteriormente, no transfieren ni transferirán derechos de propiedad algunos. El código fuente del que deriva el código objeto del Software (en adelante "Código Fuente") no está siendo proporcionado y es un secreto comercial y legal de la Empresa y, si correspondiere, de los licenciantes de la Empresa, cuyo acceso no está autorizado. El Cliente, los Usuarios, los subcontratados y/o cualquier tercero que en razón del Cliente tuviese acceso al Software tiene expresamente prohibido realizar ingeniería inversa, desensamblarlo o descompilar el Software o intentar recrear de cualquier forma el Código Fuente, siendo responsable en forma solidaria junto con sus dependientes y/o terceros por los daños y perjuicios que ocasionen.

- Excepto cuando se disponga de otra forma en un Anexo y/o modificación posterior a este contrato y a su descripción de servicios, esta sección rige los derechos de propiedad y uso de cualquier código de computadora u otros materiales que puedan proporcionarse bajo este contrato. (i) Trabajo Pre existente: Todos los derechos sobre cualquier código de computadora o materiales desarrollados u obtenidos de otra manera por o para la Empresa o nuestras Afiliadas, o por o para el Cliente y sus Afiliadas, independientemente de esta descripción de servicios ("Trabajo Preexistente"), continuará siendo de la exclusiva propiedad de la Parte que provea el Trabajo Preexistente. Durante la prestación de los Servicios, y si fuere necesario, cada Parte otorga a la otra (y a los contratistas de la Empresa, cuando correspondiese) una licencia temporaria, no exclusiva para usar, reproducir y modificar cualquier Trabajo Preexistente. La Empresa otorgará al Cliente una licencia no exclusiva, perpetua y totalmente paga para usar, reproducir y modificar (si fuera aplicable) los Trabajos Preexistentes de la Empresa, en la forma que les haya sido entregado para ser utilizado en las operaciones internas de los negocios del Cliente, sin obligaciones contables ni de pago de regalías. Las licencias del Cliente sobre los Trabajos Preexistentes de la Empresa se condicionan al correcto cumplimiento de los términos del Contrato y de la Descripción de Servicios, y la licencia perpetua solamente se aplica al Trabajo Preexistente que la Empresa otorgará después de finalizar la prestación de los Servicios. (ii) Materiales: Todos los derechos sobre los materiales desarrollados por la Empresa (distintos de los códigos de software) y suministrados al Cliente en relación con los Servicios ("Materiales"), son y continuarán siendo de exclusiva propiedad de la Empresa, excepto en la medida en que dichos Materiales constituyan Trabajo Preexistente del Cliente. Contra el pago total, la Empresa otorgará al Cliente una licencia no exclusiva, intransferible, perpetua y totalmente paga para usar, reproducir y modificar los Materiales, pero únicamente para las operaciones internas del negocio del Cliente, y sin ninguna obligación de contabilidad o pago de regalías. Todos los derechos que no hayan sido expresamente otorgados quedan expresamente reservados. (iii) Código Muestra: La empresa le otorgará al Cliente un derecho no exclusivo, intransferible, perpetuo y libre de regalías para usar y modificar cualquier código de software que la Empresa suministre al Cliente para fines de

ilustración (“Código Muestra”) y para reproducir y distribuir el código objeto del Código Muestra, siempre y cuando el Cliente acuerde: (i) no usar el nombre, logotipo ni marcas de la Empresa para comercializar un producto de software suyo que contenga el Código Muestra; (ii) incluir un aviso válido sobre derechos de autor en su producto de software que contenga el Código Muestra; e (iii) indemnizar, mantener indemne y defender a la Empresa y a sus proveedores, contra cualquier reclamo o demanda resultante del uso o distribución del Código Muestra, incluyendo honorarios de abogados.

- The Company grants Customer a nonexclusive, nontransferable, nonassignable license to install and use the Software and Documentation. Title to the Software and its Documentation remains with the Company and its licensors at all times. Copyright notices and other proprietary rights notices in the Software or Documentation shall not be deleted or modified. The Agreement does not transfer any ownership rights. Source code from which the Software object code is derived (“Source Code”) is not being provided and is a trade secret of the Company and the Company’s licensors to which access is not authorized. Neither Customer nor any other User shall reverse engineer, reverse assemble or decompile the Software or in any way attempt to recreate the Source Code, except and only to the extent applicable laws specifically prohibit such restriction.
- The Clients rights forming the subject matter of the Contractual Services shall remain unaltered. Any use of the applications or of the software and software components on which they are based that is not for the purpose of rendering the Contractual Services is prohibited. The Contractor shall retain exclusive titles to any supporting software or software tools, including any improvements or enhancements thereto, that it uses to perform Contractual Services or provides to the Client in the context of this contract, unless a) such software was an improvement or enhancement to a third party or Client product created on the Client's behalf and on its expenses or b) such software was provided by Client. In the case of termination of the Separate Contract and/or respective Service Certificate: if a software license held by the Contractor is necessary for the Client to read/access the information generated during the performance of the service, the Contractor will: a) grant a royalty-free license of software required to read/access such information or b) deliver such information in standard readable format.

Adicionalmente, cuando las relaciones jurídicas fueren a darse con un Entidad Financiera regulada por el BCRA, tendremos que tener en cuenta la normativa específica que rige a estas últimas. La Comunicación “A” N° 2241 del 02/09/1994, y modificatorias, circular conocida como CREFI 2 o Creación, Funcionamiento y Expansión de Entidades Financieras, en su capítulo II, sección 6<sup>11</sup> y concordantes, y la

---

<sup>11</sup> “Sección 6. Descentralización de actividades de tipo administrativas o no operativas en el país o en el exterior y puestos permanentes de promoción en el país. 6.1. Las entidades podrán descentralizar actividades de tipo administrativas o no operativas (que no tengan exteriorización al público), previa comunicación por nota a la Gerencia de Autorización de Entidades Financieras de la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias, y con una antelación de por lo menos 90 (noventa) días de la pertinente efectivización. (“A” 3149) La comunicación debe incluir el domicilio en donde se van a desarrollar las actividades, la naturaleza de cada actividad y la fecha de comienzo. En caso de tratarse de un tercero, también deberán adjuntar una copia

---

legalizada del contrato de tercerización en su versión original y su traducción al idioma castellano, si este no fuese el idioma de origen. ("A" 3149) Las mismas condiciones normativas y regulatorias exigibles para las actividades centralizadas, deberán acreditarse cuando se realicen en dependencias de terceros o fuera del país. La aceptación y cumplimiento de dichas condiciones por todas las partes intervinientes deberá estar expresamente incluida en el contrato de descentralización o tercerización, así como también deberá estar estipulada la facultad de la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias para auditar periódicamente su cumplimiento, en esas dependencias. ("A" 3149) Podrán descentralizar actividades en:

6.1.1. Dependencias propias de la entidad o de terceros, en el país, y con recursos técnicos y/o humanos propios o de terceros. ("A" 3149) 6.1.2. Dependencias o subsidiarias de la Casa Matriz (para sucursales de entidades extranjeras) o de la Entidad Controlante del exterior (para subsidiarias de entidades extranjeras), siempre que: ("A" 3149) 6.1.2.1. Las actividades se desarrollen en el mismo país donde este domiciliada la Casa Matriz o la Entidad Controlante del exterior. ("A" 3149) 6.1.2.2. Cuente con un Plan de Continuidad de Negocio que contemple la contingencia de la interrupción de la actividad y/o de la información que origina dicha actividad en el exterior, de manera tal que permita, en cualquier momento, continuar realizando la actividad en la República Argentina. Este Plan deberá ser probado con resultados exitosos bajo la supervisión de los Auditores y/o Inspectores del área de Supervisión de la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias o de la Gerencia de Auditoría Externa de Sistemas cuando se refiera a sistemas de información o tecnología informática, antes de iniciarse la actividad en el exterior y por lo menos una vez al año. ("A" 3149) 6.1.2.3. Mantenga en la República Argentina: los libros y registros contables originales establecidos por las disposiciones legales vigentes, que le permitan tanto a la entidad local como a la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias reconstruir y verificar sus operaciones y negocios en cualquier momento; el archivo de la información entregada y los documentos firmados por los clientes, que respalden las operaciones activas y pasivas; los legajos de créditos, conforme a las especificaciones establecidas por la Comunicación "A" 3051 y sus posteriores modificaciones; los documentos y garantías que respalden las financiaciones vigentes otorgadas por la entidad o adquiridas, cuando la entidad compradora realice la administración de la cartera, como así también la documentación original demostrativa de la propiedad de los restantes activos; todo resguardo de documentación original, cuando normas legales, reglamentarias y/o disposiciones del Banco Central de la República Argentina, determinen cursos de acción específicos. ("A" 3149) 6.1.2.4. La Casa Matriz o la Entidad Controlante del exterior: ("A" 4989) 6.1.2.4.1. Obtenga del Ente Supervisor de su país una certificación escrita en la que conste que: ("A" 4989) i) Respecto de esa Casa Matriz o la Entidad Controlante: a) Se encuentra sujeta a principios, estándares o normas sobre Prevención del Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo internacionalmente aceptados, entre otros los difundidos por el Grupo de Acción Financiera Internacional contra el Lavado de Dinero (FATF-GAFI) y el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea. b) El Ente Supervisor está en conocimiento y no objeta que la sucursal/ subsidiaria Argentina descentralice operaciones en el exterior, y que las tareas correspondientes a dicha descentralización serán parte de su programa normal de supervisión. ii) Respecto de la forma de supervisión: a) Ese organismo de control adhiere a los "Principios básicos para una supervisión bancaria eficaz", divulgados por el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea. b) Aplica supervisión consolidada asumiendo la vigilancia de la liquidez y solvencia así como la evaluación y el control de los riesgos y situaciones patrimoniales considerados en forma consolidada. ("A" 4989) 6.1.2.4.2. Se compromete a realizar auditorías internas, como mínimo con una periodicidad anual, respecto de las actividades descentralizadas, debiendo remitir a la Gerencia de Auditoría Externa de Sistemas, los informes de dichas auditorías. ("A" 5115) Adicionalmente, deberán remitir los informes de los auditores externos efectuados con motivo de sus revisiones sobre las actividades descentralizadas. Los informes de los auditores internos y externos deberán ser presentados en su versión original y su traducción al idioma castellano. Dicha traducción deberá ser efectuada por traductor público matriculado y su firma legalizada por el respectivo colegio profesional. ("A" 5115) 6.1.2.4.3. Se comprometa a permitir que la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias pueda auditar/inspeccionar las actividades descentralizadas en las instalaciones del exterior donde éstas se desarrollan, cuando lo considere conveniente. Los gastos que se incurran en las revisiones de la actividad descentralizada que se efectúen en el exterior (pasajes, alojamiento, viáticos, traductores, otros), deberán ser cubiertos en su totalidad por la entidad solicitante a través de la correspondiente transferencia de fondos, y/o remisión de los comprobantes de pago pertinentes, al Banco Central de la República Argentina. ("A" 4989) 6.1.2.4.4. Tenga una modalidad de operación y un equipamiento que permita, en todo momento, acceder a la información que generen las actividades descentralizadas, desde las terminales instaladas en la República Argentina. 6.1.2.4.5. No esté constituida en países calificados como de baja o nula tributación, según los términos del Decreto 1037/00 y sus modificatorios. ("A" 4989) Los compromisos y documentación, en todos los casos, deberán estar firmados por una persona con autoridad suficiente de acuerdo con sus estatutos, con su

Comunicación "A" N° 4609<sup>12</sup>, ambas emitidas por el BCRA, regulan la descentralización de actividades por parte de las entidades financieras y las condiciones normativas y reguladoras exigibles para la instrumentación de estas delegaciones. Las entidades financieras, ya sea por el acabado conocimiento de la normativa o producto de alguna observación emitida por su área de auditoría interna, suelen solicitar la inclusión de los puntos solicitados por el BCRA en los contratos, con el fin de evitar un potencial sumario.

Dejando de lado el cuestionamiento acerca de las facultades reglamentarias por parte del BCRA, a la luz de la basta jurisprudencia y doctrina especializada que han tanto destacado como cuestionado el carácter de delegado de ella<sup>13</sup>, a continuación redactaré una posible cláusula para el tema bajo análisis:

---

firma certificada por el Consulado de la República Argentina en el respectivo país o legalización por el sistema de apostilla, en los casos de países que hayan firmado y ratificado la Convención de La Haya de 1961. ("A" 4989) 6.2. Las disposiciones precedentes no liberan a las entidades financieras de sus responsabilidades presentes o futuras, que a las mismas les corresponden en virtud de las disposiciones legales, reglamentarias o normas dictadas por este Banco Central de la República Argentina. ("A" 3149) 6.3. Previa comunicación por nota cursada a la Gerencia de Autorización de Entidades Financieras de la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias con una antelación de, por lo menos, 15 (quince) días de la fecha de la pertinente habilitación, las entidades financieras podrán instalar puestos permanentes de promoción para brindar asesoramiento y para la entrega y recepción de solicitudes de los distintos servicios y operaciones que ofrecen (prestamos, cuentas corrientes, cajas de ahorro, tarjetas de débito y/o crédito, medios de autoservicio, telebanca, etc.). ("A" 3149) En las pertinentes notificaciones se deberán detallar las actividades que se proyectan desarrollar y la casa (central o filial) de la cual dependerá. ("A" 3149) Asimismo, las entidades declararan que en el puesto de promoción no se manejara efectivo ni valores. ("A" 3149)"

<sup>12</sup> COMUNICACIÓN "A" N°4609 - 7.1. Actividades factibles de delegación. Las entidades financieras podrán delegar en terceros actividades vinculadas a la administración y/o procesamiento de datos, sistemas o tecnologías relacionadas, en las condiciones fijadas por la Comunicación CREFI – 2 en su Capítulo II, Sección 6, o posteriores modificaciones. Las condiciones normativas y reguladoras serán exigibles y aplicables de igual forma cuando las actividades se realicen en dependencias de terceros. No podrán delegarse actividades con proveedores que a su vez tengan contratada la función de auditoría interna y/o externa de las mismas. 7.3. Formalización de la delegación. Los contratos deben fijar como mínimo: el alcance de las actividades; los niveles mínimos de prestación de servicios y su tipo; la participación de subcontratistas; los derechos a realizar auditorías por parte de la entidad; compromisos de confidencialidad; los mecanismos de resolución de disputas; la duración del contrato; cláusulas de terminación del contrato; los mecanismos de notificación de cambios en el control accionario y en los cambios de niveles gerenciales; el procedimiento por el cual la entidad pueda obtener los datos, los programas fuentes, los manuales y la documentación técnica de los sistemas, ante cualquier situación que pudiera sufrir el proveedor externo por la cual dejara de prestar sus servicios o de operar en el mercado, a fin de poder asegurar la continuidad de procesamiento. Además, los contratos deben establecer claramente la inexistencia de limitaciones para la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias, en cuanto a: el acceso a los datos, la revisión y tenencia de toda documentación técnica relacionada (diseño de archivos, tipo de organización, etc.) y a la realización de auditorías periódicas en las instalaciones del proveedor, a fin de verificar el cumplimiento de todos los aspectos contemplados en estas normas. 7.4. Responsabilidades del tercero. Los terceros, en los cuales se hayan delegado actividades vinculadas a la administración y/o procesamiento de datos, sistemas o tecnologías relacionadas, deben mantener la aplicación de las pautas mínimas establecidas en las presentes normas." (el subrayado me pertenece)

<sup>13</sup> "Cabe concluir que la actividad bancaria tiene una naturaleza peculiar que la diferencia de otras de carácter comercial y se caracteriza especialmente por la necesidad de ajustarse a las disposiciones y al contralor del Banco Central (Fallos CSJN 275:265, considerando 10°). A lo que cabe añadir que "...Las facultades procedimentales y sancionatorias que se atribuyen al Banco Central, no se hallan dirigidas a individuos cualesquiera, sino a ciertas clases de personas jurídicas (art. 9, ley 21.526) que desarrollan una actividad específica (intermediación habitual entre la oferta y demanda de recursos financieros). Esa actividad afecta en forma directa e inmediata todo el espectro de la política monetaria y crediticia en el que se hallan involucrados vastos intereses económicos y sociales, en razón de los cuales se ha instituido este sistema de contralor

- Las Partes acuerdan que en tanto el objeto de las prestaciones que hubiesen sido acordadas en este contrato, o en un anexo, o fuesen a pactarse en un futuro, recaigan y/o se encuentren contempladas dentro de las estipulaciones efectuadas en la comunicación de Creación, Funcionamiento y Expansión de Entidades Financieras (CREFI 2), es su capítulo II, sección 6 y concordante comunicación "A" N° 4609, ambas emitidas por el Banco Central de la República Argentina (BCRA), no existirán limitaciones para que tanto El Banco como la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias tenga: a) el acceso a los datos, la revisión y veeduría para controlar tenencia de toda documentación técnica relacionada (diseño de archivos, tipo de organización, etc.) y b) a la

---

permanente, que comprende desde la autorización para operar hasta la cancelación de la misma" (dictamen del Procurador General acogido por la Corte en Fallos 303:1776; asimismo: Fallos 307:2153, considerando 5° y otros). De allí que, no parece propio cuestionar el cumplimiento de esos deberes de control, pues se trata en realidad del ejercicio de una carga impuesta a quienes ejercen su administración, la de verificar la existencia de una realidad objetiva que pueda dar sustento a la aplicación de una norma cuyo contenido, en sí mismo, resulta una excepción a la relaciones financieras habituales (CSJN, Fallos 316:295, voto de los jueces Barra y Fayt)." Sala D CNACCF C., J. c/ Tutelar Cia. Financiera S.A. s/ ordinario (del voto del Dr. Pablo D. Heredia), y "...La ley nro. 19.550 de sociedades comerciales integra el código de comercio (ley 19.550: 384), y que tanto este cuanto las normas del código civil tenidas en cuenta para la conclusión a la que se arribó en el punto 3.a.V precedente, forman parte de la denominada "zona de reserva" prevista por la C.N.:75 inc. 12 para el Poder Legislativo que le otorga la competencia exclusiva de dictar la legislación de derecho común de modo tal que no puede ser delegada o derivada ni a otro poder del Estado Federal ni a las Provincias que lo componen (v. C.S.J.N. "Bodegas y Viñedos Arizu", Fallos 156:20; Jimenez, E. en "Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial" dirigido por Sabsay, D.; t. 3, art. 75:12, nro. 2, pgs. 519 y 520, ed. 2010; Gelli, M.A. "Constitución de la Nación Argentina", t. II, art. 75 inc. 12, nro. 1, p. 176, ed. 2008). Por lo tanto, definir entre otras típicas cuestiones propias de las sociedades comerciales, cuándo tiene lugar la capitalización de un adelanto a cuenta de futuras emisiones debe ser a mi juicio un presupuesto definido por una ley formal dictada por el Congreso de la Nación, de igual rango normativo -se trate de una ley federal, o la que pueda resultar de las distintas clasificaciones de las facultades legislativas "stricto sensu"- que las que configuran el llamado derecho común... Por amplia que fuere la delegación de facultades que el Congreso de la Nación ha efectuado al B.C.R.A. en materia monetaria, cambiaria y financiera (v. Rosatti, H. "Sistema Bancario y Monetario Argentino desde el Derecho Constitucional" en "Tratado de derecho bancario" dirigido por Kabas de Martorell, M.E., t. I, nro. 3.A., p. 119, ed. 2011), la ley nro. 21.526 incluyó en forma expresa numerosas disposiciones que constituyen normas particulares para las personas de derecho privado cuyo objeto sea el de intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros; entre ellas la de revocar la aprobación para que todos o alguno de los accionistas de la entidad financiera continúen como tales otorgando un plazo para la transferencia de las acciones -art. 35 bis. inc. 1.c, disposición que considero particularmente ejemplificadora para la interpretación del derecho aplicable-; establecer las inhabilidades para ser promotores, fundadores, directores, etc. -art. 10mo.-; el régimen de reducción, aumento y enajenación del capital social como medio de reestructuración de las entidades financieras -art. 35 bis. inc. 1ro.-; la legitimación y recaudos para requerir la intervención judicial -art. 35 bis. inc. 3ro.-; etc. Por lo tanto, lo que es propio del derecho común que no está incluido en la ley formal -y en este caso en ninguna delegación legislativa concreta, más allá de la validez constitucional que pudiere tener en cada caso- no puede ser regulado por una norma de rango formal inferior.", y "En tal sentido, se ha señalado acertadamente a mi juicio que en el derecho bancario existen dos tipos de relaciones: De derecho público y de derecho privado, integrando este último grupo las relaciones de las entidades financieras con los particulares (Villegas, C.G., op. y t. cit., nro. 28.1 y 2, pgs. 109/111), lo cual corrobora a mi juicio la conclusión precedente de que la regulación de una cuestión propia de las sociedades comerciales incumbe exclusivamente al Congreso de la Nación, sin perjuicio de las facultades propias del poder de policía financiero que puede ejercitar el B.C.R.A. -a las que alude la L.S. 304- sancionando eventualmente a una entidad financiera, que en su funcionamiento como sociedad anónima, infrinja sus disposiciones, pero sin que este ejercicio influya en la relación jurídica entre los particulares y las sociedades comerciales." Sala D CNACCF C., J. c/ Tutelar Cia. Financiera S.A. s/ ordinario (del voto en disidencia del Dr. Doctor Dieuzeide).

realización de auditorías periódicas en las instalaciones del proveedor, si fuere necesario y con un previo aviso, a fin de verificar el cumplimiento de todos los aspectos contemplados en las mencionadas normas, en tanto aplicaren.

- Llegado el caso en que la Empresa desarrollase algún software de uso exclusivo para El Banco, y si dicho desarrollo y/o software estuviese alcanzado por las estipulaciones efectuadas en la comunicación de Creación, Funcionamiento y Expansión de Entidades Financieras (CREFI 2), es su capítulo II, sección 6 y concordante comunicación “A” N° 4609, ambas emitidas por el Banco Central de la República Argentina (BCRA), la Empresa depositara los datos, programas fuentes, manuales y documentación técnica, a solicitud del Banco, en un agente de custodia “Escrow Agent” para que el Banco pueda recuperarlos en el caso de que la Empresa deje de operar en el mercado local, y su Casa Matriz no la remplace en sus obligaciones.

### **2.2.2 “Entregables” o servicios específicamente delimitados en relación al software.**

- Contra el pago final de los Servicios, el Cliente obtendrá una licencia perpetua, no exclusiva e intransferible, para propósito de su negocio interno, para utilizar, copiar, modificar y preparar trabajos derivados de los Entregables que sean desarrollados en el transcurso de los Servicios, debiendo cumplir con cualquier restricción de cualquier material de un tercero contenido en los Entregables. La Empresa retendrá todo otro derecho de propiedad intelectual sobre los Entregables. Sujeto al cumplimiento de las obligaciones de confidencialidad, cada parte podrá usar los conceptos, técnicas y know-how utilizados y desarrollados durante la prestación de los Servicios. En cualquier caso, la Empresa no tendrá restricción alguna en desarrollar, para sí misma o para otros, materiales que puedan entrar en competencia con los Entregables, independientemente de su semejanza con los Entregables. Asimismo, la Empresa podrá usar con entera libertad sus conocimientos, habilidades, experiencia y cualquier idea, concepto, conocimientos técnicos (know-how) y técnicas que hayan sido usados en el curso de la prestación de los Servicios. Durante la prestación, la Empresa podrá utilizar productos, materiales, herramientas y metodologías que sean propiedad de la Empresa o de terceros licenciantes de la Empresa (conjunta y convencionalmente, el “Capital de Conocimientos de la Empresa”). El Cliente no tendrá ni obtendrá derechos sobre el Capital de Conocimientos de la Empresa (o cualquier modificación o mejoras al mismo), distintos a: (i) el uso del Capital de Conocimientos de la Empresa según sea periódicamente autorizado por escrito por la Empresa, únicamente para los fines de cumplir con las responsabilidades del Cliente; (ii) en la medida en que el Capital de Conocimientos de la Empresa sea incorporado a un Entregable, su uso como parte del Entregable, únicamente para fines internos del negocio del Cliente; o (iii) de conformidad con los términos de las licencias estándares de la Empresa respecto de dicho Capital de Conocimientos de la Empresa o, en el caso de tratarse de Capital de Conocimientos de la Empresa de propiedad de terceros, conforme a los términos aceptables para el tercero que corresponda. Si cualquier Capital de Conocimientos de la Empresa es puesto a disposición del Cliente bajo el apartado (i) que antecede, dicha puesta a disposición se considerará bajo la

modalidad "as-is" ("en la condición en que se encuentra") y sin garantía alguna, expresa o implícita, de ningún tipo y cualquier Capital de Conocimientos de la Empresa puesto a disposición conforme al apartado (iii) precedente estará sujeto, únicamente, a los términos de la licencia aplicable. Entre el Cliente y la Empresa el Capital de Conocimientos de la Empresa será considerado como Información Confidencial de la Empresa.

- La Empresa otorga al Cliente una licencia no exclusiva, intransferible, no asignable y gratuita para utilizar el Producto de Trabajo mientras que el Cliente mantenga la licencia del Software con el que opera el Producto de Trabajo. La Empresa no está obligada a proporcionar soporte o mantenimiento continuo para cualquier Producto de Trabajo. La Empresa conservará la titularidad del Producto de Trabajo y cualquier técnica, oficio, concepto o conocimiento técnico (know-how) que se utilicen o desarrollen durante la prestación de los Servicios. Los sistemas prototipo y los programas de muestra proporcionados por la Empresa están diseñados para ayudar al Cliente a aprender a usar el Software y para efectos de demostración; no están diseñados para ser usados con propósitos de producción sin antes no fuesen efectuadas las pruebas adecuadas.
- The Company grants Customer a nonexclusive, non-transferable, non-assignable, royalty-free license to use any Work Product developed during the performance of the Services for as long as Customer maintains a license for the Software with which the Work Product operates. Except as otherwise agreed as part of the Services hereunder, the Company shall have no obligation to provide continued support or maintenance for any Work Product. Ownership of the Work Product and any techniques, skills, concepts, or know-how that are utilized or developed while performing the Services remains with the Company. Prototype systems and sample programs furnished by the Company are designed to help Customer learn to use the Software and for demonstration purposes; they are not intended to be used for production purposes without appropriate Customer testing.

En relación a lo expuesto precedentemente, el hecho de que el propietario del Software no transfiera la propiedad, no solo asegurara la continuidad de su negocio y los derechos que tiene sobre su creación, sino que dicho hecho tendrá efectos, si consideramos las conclusiones a las cuales arribó nuestro análisis del punto 1, en otros aspectos de la relación jurídica, como el de la responsabilidad por vicios. En este sentido tiene dicho la jurisprudencia: "En consecuencia, y al no transferirse la propiedad o el goce de la cosa, no puede hablarse de vicios internos para este tipo de bienes. Y aún considerando, desde un plano meramente conjetural e hipotético, que una vez que el software es instalado en una computadora operaría una especie de "cosificación", el defecto que eventualmente sería susceptible de constituir un vicio oculto es lo que se llama un error que impide el funcionamiento normal del programa. Si se tratase de un error sin gravedad que pudiese ser corregido por simples "afinamientos", usuales en materia informática, no se justificarían las acciones redhibitoria o estimatoria"<sup>14</sup>. En esta inteligencia, por más que hagamos un

---

<sup>14</sup> Frédérique Toubol, "El Software: Análisis Jurídico", Zavallía, 1990, pág. 185 y y Boletín de Jurisprudencia BJCCOM 7/2008 / N° de Sumario 1380.

esfuerzo por cosificar el software, los vicios ocultos son propios de las cosas, y a menos que específicamente esté contemplada o se infiera del contrato una obligación de resultado<sup>15</sup>, no creemos que prospere la interposición de una acción de responsabilidad<sup>16</sup> por vicios redhibitorios en los términos del Art. 2164<sup>17</sup> del Código Civil Argentino.

### 2.3 Límite de Responsabilidad y Garantías.

Continuando un poco con el análisis que comenzamos en el punto anterior "in-fine", este tipo de contratos se caracterizan por tener tecnicismos y especificaciones tan propias de la materia que muchas veces es difícil, en la práctica, detectar un incumplimiento contractual a menos que sea muy grosero; y es justamente por esta falta de absolutos y de unificación de criterios que entre las partes son habituales los intercambios de opiniones sobre imputación de responsabilidades. Siguiendo la lógica del razonamiento anterior, es que el licenciante suele formular declaraciones de garantía y cláusulas limitantes de responsabilidad, que velan por la ecuación económica tenida en miras al otorgar la licencia, limitando las indemnizaciones por casi todo concepto al monto/honorario establecido como contraprestación del licenciamiento de uso.

A continuación redactaré algunas de las cláusulas mayormente utilizadas, tanto en español como en inglés, para limitar responsabilidad:

---

<sup>15</sup> "Resulta procedente la demanda incoada por incumplimiento de un contrato informático por medio del cual la accionada se comprometió a hacer entrega de un sistema informático de gestión administrativo-contable y a prestar horas de asistencia técnica para su implementación, toda vez que la actora señaló que, pese a la asistencia técnica, se verificaron ciertos errores que hicieron que el sistema no resultara funcional para desarrollar la contabilidad y la administración de la empresa. Dichas fallas encuentran sustento en las conclusiones a las que arribó el perito técnico. En ese contexto, resulta inadmisibles que la accionada señale que no puede atribuírsele responsabilidad por cuanto habría vendido un producto estándar y que su tarea fue la de evacuar dudas. Ello así, pues si bien la accionante contrató inicialmente 60 horas de asistencia técnica, lo cierto es que luego adquirió más paquetes destinados a implementar el servicio; llegando de esa forma a la cantidad de horas recomendadas por la accionada para dichos fines -200 horas-. En consecuencia, de los testimonios de los propios empleados de la demandada se desprende la conducta antijurídica de la accionada, ello por cuanto no cumplió con las obligaciones asumidas. Por más que no se tratase de un sistema "llave en mano", del objeto del contrato -de licencia de software- que vinculó a las partes se desprende que la proveedora del software toma a su cargo una obligación de resultado -para lo cual ofrece el personal experto en la materia-. Aquella conducta, constituyó un incumplimiento que puede enmarcarse en la conducta culposa descrita en el Cciv: 512. De modo que medió en el caso un factor de atribución subjetivo conforme la previsión del Cciv: 1109, y por tanto, resultó reprochable su obrar. Si la demandada hubiese querido eximirse de responsabilidad debería haber acreditado en autos la fehaciente advertencia formulada a la actora en relación a que los servicios contratados resultaban insuficientes para lo que, en la etapa de negociación, la adquirente manifestó que necesitaba; lo cual es dable exigirle en virtud de sus conocimientos tecnológicos que, a diferencia de quien contrata sus servicios, ostenta. Es una obligación de resultados y no probó debidamente que hubiese advertido a la actora que la cantidad de horas de consultoría contratadas eran inferiores de la recomendada para la "implementación" de un sistema en la empresa que recién se iniciaba". Boletín de Jurisprudencia BJCCOM 7/2008 / N° de Sumario 1381

<sup>16</sup> "Aún asimilando el programa de computación a una cosa, no corresponde considerar que pueda tener vicios internos (...)" - Boletín de Jurisprudencia BJCCOM 7/2008 / N° de Sumario 1380

<sup>17</sup> Art. 2.164. Son vicios redhibitorios los defectos ocultos de la cosa, cuyo dominio, uso o goce se transmitió por título oneroso, existentes al tiempo de la adquisición, que la hagan impropia para su destino, si de tal modo disminuyen el uso de ella que al haberlos conocido el adquirente, no la habría adquirido, o habría dado menos por ella.

- En este acto la Empresa y sus licenciantes expresamente renuncian a todas las garantías, condiciones y declaraciones no mencionadas, expresa o implícita, sin límite, incluyendo cualquier garantía de obtención de un resultado o de aptitud del software para un propósito particular. La empresa y sus licenciantes no garantizan ni declaran que el software cumplirá, acatará o estará en conformidad con las leyes, reglamentos, requerimientos o lineamientos de cualquier entidad gubernamental creadas y/o ha crearse. Tanto la Empresa como sus licenciantes proporcionan su software “en el estado en que se encuentra” (“as is”). La Empresa y sus licenciantes no serán responsables por ningún perjuicio incidental o indirecto, resultante del uso incorrecto o de la inhabilidad para el uso del software por parte del Cliente y/o persona autorizada por él. La Empresa y sus licenciantes tampoco serán responsables por los hechos, actos u omisiones de terceros a los que eventualmente el cliente encomendare la instalación u operación del software. La responsabilidad de la Empresa frente al Cliente y a cualquier otro tercero con relación al cumplimiento o incumplimiento de sus obligaciones, y con cualquier otro asunto relacionado con los servicios y con las licencias, sea de fuente contractual, extracontractual o legal, no excederá, en su conjunto, los honorarios efectivamente abonados por el Cliente a la Empresa en contraprestación por los servicios o licencias objeto del reclamo. En ningún caso la Empresa será responsable por gastos, pérdidas o daños indirectos o mediatos, lucro cesante, daño moral, pérdida de chance, ni daños punitivos, entre otros. La limitación de responsabilidad de la Empresa establecida precedentemente representa el acuerdo total de las partes en la materia y, en tal sentido, la contraprestación de la Empresa contempla dicha limitación de responsabilidad. Las partes convienen en que en caso de tener créditos por cobrar contra la otra, dirigirán sus acciones sólo contra los activos de la parte deudora y en ningún caso accionarán en contra de los accionistas, socios, directores o propietarios de la otra parte. Ni el Cliente, ni la Empresa o sus Licenciantes serán responsables por daños indirectos, aunque hayan sido o no previstos y/o informados. Los licenciantes de la Empresa no serán responsables por los daños directos y renuncian a cualquier responsabilidad relacionada con el uso del software.
- La responsabilidad de la Empresa frente al Cliente y a cualquier tercero con relación al cumplimiento o incumplimiento de sus obligaciones y con cualquier otro asunto relacionado con los Servicios y con los Entregables, sea de fuente contractual, extracontractual o legal, no excederá, en su conjunto, los honorarios efectivamente abonados por el Cliente a la Empresa en contraprestación por los Servicios o Entregables objeto del reclamo. Sujeto al límite establecido precedentemente, la Empresa sólo responderá de los perjuicios directos previsibles que constituyan daño emergente. En ningún caso la Empresa será responsable por gastos, pérdidas o daños indirectos o mediatos, lucro cesante, daño moral ni daños punitivos. La Empresa no será responsable de los retrasos, incumplimientos o por cualquier otro hecho o acto no imputable a la Empresa.
- The Company disclaims all other warranties, express or implied, including without limitation any implied warranties of merchantability or fitness for a particular purpose, or arising as a result of custom or usage in the trade or by course of dealing. Without limiting the generality of the foregoing, the Company does not warrant or represent that customer’s use of the software will result in customer’s

compliance, fulfillment or conformity with the laws, rules, regulations, requirements or guidelines of any governmental agency. Neither customer nor the Company is liable for special, incidental, indirect, consequential, punitive, or reliance damages (arising in tort, contract or otherwise), even if they have been informed of the possibility of such damages. The total amount customer may recover for all claims relating to the agreement is limited in the aggregate to the fees paid for the software at issue during the relevant license period and for the services at issue.

## **2.4 Protección de los derechos de propiedad intelectual.**

En conexión con estas limitaciones de garantías y responsabilidades, otro tema sensible en este tipo de relaciones jurídicas es determinar quién defenderá los derechos de propiedad intelectual y quien cargara con los costos consecuentes ante un eventual ataque o cuestionamiento en juicio. En principio pareciera que la respuesta es fácil, ya que la parte demandada es quien tiene el derecho de defenderse, y pese a que en cualquier relación jurídica cada parte hace hincapié en velar por sus propios intereses, justamente en los contratos de software, dejar librado al Cliente demandado la defensa de los derechos de propiedad intelectual podría tener un costo muy alto, ya que una mala defensa tendría mayores impactos en términos jurídicos y económicos sobre el licenciante que sobre el licenciatario. Es justamente por ello, que el licenciante suele adelantarse a este tipo de cuestiones y pactar un procedimiento para cargar con la defensa de eventuales reclamos que pudiera llegar a sufrir el cliente, sobre propiedad intelectual en relación al software.

A continuación redactaré algunas de las cláusulas mayormente utilizadas, tanto en español como en inglés, para articular la defensa ante reclamaciones.

- Si el Cliente fuese objeto de un reclamo fundado en cualquier violación a derechos de autor, patentes, secreto comercial de terceros u otro derecho de propiedad intelectual en relación al Software, este se obliga a notificar a la Empresa dentro de los dos (2) días hábiles de haber sido notificado de dicho reclamo. Asimismo, el Cliente conviene que la defensa de dicho reclamo será efectuada y coordinada por la Empresa, quien controlara el litigio o la conciliación de dicho reclamo. En este sentido, el Cliente se obliga a ayudar a la Empresa en la investigación, defensa y conciliación del mismo si fuese requerido. Siempre y cuando el Cliente cumpla con el plazo de notificación arriba expuesto, la Empresa defenderá dicho reclamo a su propio costo y pagará los honorarios de abogados en que incurriese el Cliente bajo la dirección de la Empresa, así como cualquier conciliación aprobada por la Empresa y/o sentencia definitiva emitida en contra del Cliente. A dichos efectos, el carácter de definitivo corresponderá a (i) una sentencia firme irrecurrible de carácter judicial o administrativo o aceptada de común acuerdo por las partes o (ii) una transacción judicial o extrajudicial, aceptada de común acuerdo por las partes o (iii) un laudo arbitral definitivo. El Cliente podrá participar a su costa. Acontecido el reclamo, o si la Empresa considerase que pudiera llegar a ocurrir, la Empresa podrá, a su propio costo y elección, optar por cualquiera de las siguientes alternativas: (1) modificar/remplazar el Software; (2) obtener los derechos para que el Cliente continúe utilizando el Software; o (3) rescindir la licencia del Software en cuestión y rembolsar los honorarios que hubiesen sido pagados al momento de la rescisión. El

Cliente conviene en acatar la decisión de la Empresa y, en su caso, instalar una versión diferente del Software o dejar de usar el Software. La Empresa no tendrá la obligación de indemnizar al Cliente si el reclamo es ocasionado por: (i) el mal uso, (ii) la combinación efectuada por el Cliente del Software de la Empresa con otro Software, y/o la modificación del mismo; y (iii) la falta del Cliente respecto de la implementación/instalación de las correcciones, mejoras, actualización de versiones y/o up-grades puestos a su disposición por la Empresa.

- Si el Cliente fuese objeto de un reclamo de un tercero, fundado en que alguno de los Entregables infringiese un derecho de autor o un secreto comercial de un tercero y dentro de los plazos que seguidamente se expresan notifica a la Empresa, la Empresa defenderá dicho reclamo a su propio costo y pagará todo costo o daño respecto del cual, con carácter definitivo, el Cliente deba responder frente al reclamo formulado por un tercero en su contra. La Empresa no tendrá obligación de indemnizar al Cliente, si el reclamo es ocasionado por: (1) el mal uso o modificación de los Entregables por parte del Cliente; (2) la falta del Cliente respecto de la implementación de correcciones o mejoras puestas a su disposición por la Empresa; (3) el uso de los Entregables en combinación con cualquier producto o información que no sea propiedad o que no haya sido desarrollada por la Empresa; (4) la distribución, comercialización o uso de los Entregables para el beneficio de terceros por parte del Cliente; o (5) información, direcciones, especificaciones o materiales proporcionados por el Cliente o cualquier tercero, que no se encuentra bajo las directivas de la Empresa. El Cliente será el responsable de la operación y uso de los Entregables y de que éstos cumplan con los requerimientos del Cliente. Los plazos dentro de los cuales el Cliente deberá notificar a la Empresa de un reclamo de un tercero, conforme se expresa al comienzo de esta Cláusula, serán los siguientes: (i) 2 (dos) días si se tratara de la notificación de una demanda o recurso judicial o una mediación previa al inicio de una demanda judicial; (ii) 5 (cinco) días si se tratara de una carta documento y (iii) 30 (treinta) días para el resto de las notificaciones o correspondencia no comprendidas en los puntos (i) y (ii) precedente.
- Provided Customer uses the Software consistent with the terms and conditions of the Agreement and complies with this section, the Company will defend and indemnify Customer, as described below, with respect to any claim made against Customer for: (a) copyright, patent, trade secret or other intellectual property rights violation relating to the Software; or (b) bodily injury, death or damage to tangible property, excluding loss of or damage to software or data, arising solely from actions for which the Company is legally responsible. Customer agrees to promptly notify the Company in writing of any such claim, to allow the Company to control the litigation or settlement of any such claim and to cooperate with the Company in the investigation, defense and settlement thereof. The Company shall indemnify Customer by paying for the costs and attorneys' fees Customer incurs at the Company's direction and any judgment finally awarded against Customer or settlement approved by the Company. Customer may participate at Customer's own expense. If such claim in (a) above is made or, in the Company's opinion, is likely to be made, then the Company, at its option, may: (1) modify the Software; (2) obtain rights for Customer to continue using the Software; or (3) terminate the license for the Software at issue and refund the then-current annual license fee paid for such Software, but in no event shall termination relieve the Company from its obligation to defend and indemnify

Customer as set forth herein. Customer agrees to abide by the Company's decision and, if appropriate, install a different version of the Software or stop using the Software. This indemnification obligation does not apply to the extent: (i) a claim is based on Customer's combination of the Software with other software, or modification to the Software, if such claim would not have been made but for Customer's combination or modification; or (ii) as of the date the claim arose, Customer had not installed the latest version of, or update to, the Software as instructed by the Company prior to such date, if such claim would not have been made if the update or latest version had been installed.

## **2.5 Información confidencial y datos personales.**

Cuando hablamos de Software y de la prestación de servicios relacionados al software casi necesariamente estamos haciendo referencia al tratamiento de información confidencial, teniendo en cuenta que hoy en día, y cada vez más, las empresas subordinan y dependen de un determinado Software para producir o tratar datos relacionados con su producción y/o negocio. Que las partes intercambien información durante el transcurso de la relación y/o tengan acceso a la misma en virtud de las prestaciones, no es algo que sorprende. Máxime, que en muchos casos los datos sobre los cuales recae el tratamiento del software antes mencionado, suelen ser datos personales, los cuales están alcanzados por el Artículo 25 de la ley 25.326 de protección de datos personales, Decreto Reglamentario 1558/01 y concordantes.

A continuación redactaré algunas de las cláusulas mayormente utilizadas, tanto en español como en inglés, con relación a la información confidencial:

- Cada Parte tendrá acceso a información confidencial de la otra (ya sea en copia papel o de manera electrónica o revelada verbalmente), la que será identificada por quien la revela como confidencial ("Información Confidencial"). La Información Confidencial podrá ser utilizada por el receptor, únicamente con relación a los Servicios, y no podrá ser copiada o reproducida sin el consentimiento escrito previo, de la Parte que la ha revelado. Cada Parte se obliga a proteger la confidencialidad de la Información Confidencial de la otra de la misma manera en que protege su propia Información Confidencial de naturaleza similar, pero bajo ninguna circunstancia, actuará por debajo del estándar de "cuidado razonable" para proteger dicha Información Confidencial. El acceso a la Información Confidencial estará restringido al personal de la Empresa y del Cliente involucrado en el uso permitido de dicha Información Confidencial. Nada de lo contenido en este apartado prohíbe o limita la utilización de información por cualquiera de las Partes (incluyendo no taxativamente ideas, conceptos, conocimientos técnicos, técnicas y metodologías): (i) previamente conocida por dicha Parte, sin obligación de confidencialidad; (ii) independientemente desarrollada por o para dicha Parte; (iii) adquirida por dicha Parte de un tercero que, hasta donde tienen conocimiento la Parte y dicho tercero, no está sujeto a obligaciones de confidencialidad respecto de dicha información; o (iv) que es o pasa a ser del dominio público sin existir violaciones a esta cláusula. La Empresa informa al Cliente que podrá, con relación al Proyecto, recibir datos personales relativos al Cliente o al personal del Cliente,

directores y otros funcionarios. Tales datos podrán ser recibidos del Cliente, su personal, directores, funcionarios o de otras fuentes (por ejemplo, publicidad); y en forma limitada ciertos datos personales podrán ser obtenidos indirectamente mediante sistemas de seguridad interna o por otros medios. La Empresa queda facultada para procesar dichos datos para propósitos vinculados al Proyecto y en un todo, de acuerdo con la legislación vigente que rige la materia.

- The contracting parties undertake to treat with absolute confidentiality and to use exclusively in the context of the contract all information, technical drawings and documents, materials, goods, samples, commercial data and data related to persons, which is disclosed either by the other party orally or in writing or in any other manner, either in direct connection with the joint project or indirectly within the framework of the contract. Furthermore, both contracting parties shall implement all necessary measures to ensure that said items are not made accessible to third parties. Confidential information and items shall be maintained in a secure manner by the contracting parties. When work has been completed, written information and confidential items, including any copies made thereof, shall be returned in full to the originating party, or, if so agreed, destroyed. The contracting parties undertake to impose the same obligations as defined in this Section on their employees and other persons who have access to the exchanged information and confidential items. The obligation to secrecy as defined in this Section shall not apply to information and confidential items if the recipient party is able to prove: i) that at the time the information was disclosed by the disclosing party, it already belonged in the public domain, ii) that at the time of disclosure by the disclosing party, the information was already known by the recipient party, or iii) that after its disclosure to the recipient party, the information became generally known or generally accessible, through no fault of the recipient party, or iv) that after disclosure to the recipient party, the information was legally made available by a third party and without limitations as regards secrecy and utilization or v) that they were developed by the recipient party without use of or reference to the confidential items. The confidentiality obligations shall remain in force after the termination of this Contract, unless a different understanding is reached by the contracting parties in a later agreement.
- The parties agrees to take and maintain the technical and organizational action necessary to ensure compliance with legal requirements concerning data protection and the secrecy of telecommunications, and to provide documentary proof of compliance to the other party upon its written request. The parties will in particular have a qualified personal data protection officer at its disposal, who shall monitor compliance with data protection provisions in the course of performance of contractual work. The parties agree to process and use personal data as defined in the Argentinean Data Protection Law (Number 25.326) that the parties could receive from the other in the course of performance of this agreement only for purposes of performance of this agreement (intended purpose). The Parties shall obtain written commitments from its employees to maintain confidentiality and instruct them as to the provisions of data protection law to be complied with.

## **2.6 Personal asignado para la prestación y desarrollo de los “Entregables” o servicios específicamente delimitados en relación al software.**

Otra de las cuestiones a tener en cuenta es la órbita laboral. Una de las características de los contratos que articulan prestaciones de servicios profesionales relacionados con software, es la asignación de personal específicamente capacitado. Al articular las previsiones en relación al personal, la empresa que lo asignada debe prever alguna que otra situación, tales como: dependencia, solidaridad, protección del recurso humano, subcontratación, entre otros.

Comenzaremos por la cláusula intencionada para la protección del recurso humano, ya que muchas veces estos conocimientos técnicos específicos con los que cuentan las personas asignadas para cumplimentar las prestaciones, que a su vez suelen permanecer una gran cantidad de tiempo en las oficinas e inmediaciones del Cliente, suele ser motivo de propuestas laborales y consecuentes migraciones por y hacia el Cliente, significando consecuentemente una pérdida sustancial de tiempo (por la capacitación y entrenamiento) y de capital de trabajo, para la empresa que los asignó.

La siguiente cláusula materializa la protección arriba descrita:

- El Cliente es responsable de proporcionar las instalaciones, equipo, información y el acceso al personal del Cliente que se requiera para la prestación de los Servicios. La Empresa determinará el personal que asignará para prestar los Servicios y podrá sustituir o reasignar dicho personal durante el plazo de prestación de tales Servicios, así como subcontratarlo en cualquier porcentaje. Salvo que de otra manera sea autorizado previamente por escrito, el Cliente no podrá ofrecer trabajo, emplear o contratar, ya sea como empleado, socio o contratista independiente, directa o indirectamente, a cualesquiera del Personal de la Empresa afectado a la prestación de los Servicios, durante la participación de dicho Personal en la prestación de los Servicios o durante los doce (12) meses posteriores a su desafectación. Para los fines de esta cláusula, el término “Personal” incluye a cualquier persona física o jurídica que la Empresa emplee o haya contratado como empleado, socio o contratista independiente y con la que el Cliente tenga o haya tenido contacto directo durante la prestación de los Servicios. En caso de incumplimiento de lo pactado precedentemente, el Cliente deberá pagar a la Empresa una indemnización equivalente a doce (12) veces el monto mayor entre el total de las remuneraciones de un año: (a) Ofrecidas por el Cliente al Personal cuyo trabajo o servicio solicite el Cliente o (b) Pagada u ofrecida por la Empresa al Personal cuyo trabajo o servicio solicite el Cliente.

Luego, tenemos las previsiones orientadas a regular eventuales reclamos que pretendan extenderse, a cualquiera de las partes contratantes, en razón de la solidaridad. En este sentido, por más de que las partes expresen que (i) en ningún caso existirá solidaridad entre ellas, ya sea por reclamos judiciales o extrajudiciales, laborales, impositivos, civiles, comerciales, aduaneros, o de cualquier otra índole, y (ii) que cualquier sentencia judicial firme que condene a las partes solidariamente por hechos vinculados a la relación laboral de cada una de ellas con su personal será abonada íntegramente por la parte a la que haya pertenecido dicho personal. En

materia laboral debemos prever las cargas impuestas a quien subcontrata establecidas en el Art. 30<sup>18</sup> de la Ley 20.744 – Ley de Contrato de Trabajo (LCT).

En este sentido, podríamos decir que: (i) La documentación se entregará a pedido de parte. (El Cliente debe solicitarla) y (ii) Del análisis exegético gramatical de la norma surge que deberá entregarse siempre y cuando: los trabajos o servicios subcontratados se correspondan a la actividad normal y específica propia del establecimiento. Sin perjuicio de ello, vemos que a nivel jurisprudencial y doctrinario este tema se encuentra debatido, a saber:

- a- Como medida preventiva y producto de una previsión legal, con causa en las diferentes posturas jurisprudenciales, las empresas que subcontratan en cualquier nivel y por cualquier actividad, solicitan la documentación del Artículo 30 LCT, bajo la premisa de que si en un futuro existiese una demanda y se las citara como tercera en garantía para dirimir su responsabilidad solidaria, más allá del análisis de si la actividad “fuere o no normal y específica”, y si se resolviere que dicha actividad es efectivamente “normal y específica”, acreditando el cumplimiento y presentando la documentación del Artículo 30, el porcentual de condenas solidarias suele disminuir, y
- b- Esta previsión legal arriba mencionada que hacen las empresa que subcontratan (normalmente “parte fuerte” de la relación jurídica), actúa como nexo causal directo en un potencial conflicto de confidencialidad para el subcontratista, ya que la solicitud de documentación, producto de un devenir jurisprudencial (que puede o no – potencial - desembocar en responsabilidad solidaria para la empresa que subcontrata), efectuada con el único fin de salvaguardar los intereses jurídicos de dicha empresa, puede entenderse y potencialmente vulnerar derechos confidenciales de empleados/funcionarios, a los cuales les es ajena esta preocupación.

A continuación, algunas posturas jurisprudenciales sobre los diferentes criterio en relación a este artículo. Podríamos reconocer como las de criterio cerrado a: “La solidaridad que determina el art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo no se encuentra supeditada a la demostración de la prestación de tareas en forma exclusiva, sino que es

---

<sup>18</sup> Art. 30: Subcontratación y delegación. Solidaridad: Quienes cedan total o parcialmente a otros el establecimiento o explotación habilitado a su nombre, **o contraten o subcontraten**, cualquiera sea el acto que le dé origen, **trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento**, dentro o fuera de su ámbito, **deberán exigir** a sus contratistas o subcontratistas el adecuado **cumplimiento de las normas relativas al trabajo y los organismos de seguridad social**. Los cedentes, contratistas o subcontratistas deberán exigir además a sus cesionarios o subcontratistas **el número del Código Único de Identificación Laboral de cada uno de los trabajadores que presten servicios y la constancia de pago de las remuneraciones, copia firmada de los comprobantes de pago mensuales al sistema de la seguridad social, una cuenta corriente bancaria de la cual sea titular y una cobertura por riesgos del trabajo**. **Esta responsabilidad del principal de ejercer el control sobre el cumplimiento de las obligaciones que tienen los cesionarios o subcontratistas respecto de cada uno de los trabajadores que presten servicios, no podrá delegarse en terceros y deberá ser exhibido cada uno de los comprobantes y constancias a pedido del trabajador y/o de la autoridad administrativa. El incumplimiento de alguno de los requisitos harán responsable solidariamente al principal por las obligaciones de los cesionarios, contratistas o subcontratistas respecto del personal que ocuparen en la prestación de dichos trabajos o servicios y que fueren emergentes de la relación laboral incluyendo su extinción y de las obligaciones de la seguridad social**. Las disposiciones insertas en este artículo resultan aplicables al régimen de solidaridad específico previsto en el artículo 32 de la Ley 22.250. (Párrafo incorporado por art. 17 de la Ley N° 25.013 B.O. 24/09/1998) – (La negrita y el subrayado me pertenecen)

preciso comprobar la contratación o subcontratación de trabajos y/o servicios correspondientes a la actividad normal y específica del establecimiento principal.”<sup>19</sup> Y; “Debe confirmarse la sentencia que condenó a la empresa prestadora del servicio de telefonía en los términos del art. 30 de la LCT, respecto de las indemnizaciones debidas a un trabajador, pues dicha condena fue impuesta con fundamento en que las tareas que realizaba eran normales y específicas de aquella y no por considerar que trabajara para ella.”<sup>20</sup>. Asimismo, y dentro de las posturas que consideramos como de criterio amplio: “La empresa automotriz codemandada es solidariamente responsable, en los términos del art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo, por los créditos derivados del despido de un dependiente de la empresa contratada por ella para realizar tareas de limpieza en sus instalaciones, pues se trata de trabajos que forman parte de la totalidad de la organización y, si bien no es la actividad principal, no puede admitirse que esta se desarrolle en un espacio sin higiene.”<sup>21</sup> Y; “La empresa elaboradora de bebidas es responsable en los términos del art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo por el despido del trabajador que se desempeñaba realizando la distribución de aquellas, ya que se trata de una actividad a todas luces normal, habitual e inescindible de la fabricación, motivo por el cual se verifica una unidad técnica de ejecución entre ella y su contratista de acuerdo al art.6 de la ley mencionada.”<sup>22</sup>

Como consecuencia de lo arriba desarrollado, es común que previo a la suscripción del contrato, esta cláusula sea objeto de largas negociaciones, sumado al hecho que, como ya dijimos, muchas de las empresas que desarrollan y/o comercializan software son norteamericanas o de capitales norteamericanos, y allí las políticas de privacidad de datos personales e información sensible de sus dependientes/empleados es un activo importante que suelen proteger. No acordando tan fácilmente, y por ende no generando una política local de cumplimentar con la entrega de la documentación del Art 30 LCT, sin antes efectuar un análisis de cada caso en particular, llegando en casos a frustrarse, o como las empresas norteamericanas dicen “is a deal-breaker ”, el negocio en su totalidad. A continuación una articulación contractual habitualmente utilizada en relación al Art 30 LCT:

- La Empresa cumplirá con lo requerido por el artículo 30 de la LCT mediante la entrega al Cliente, previo requerimiento mediante notificación fehaciente del Cliente, de una certificación contable que acredite el cumplimiento de lo dispuesto por la LCT. La Empresa no estará obligada a revelar al Cliente los niveles de remuneración de sus empleados, en el entendimiento que la misma constituye información privada propiedad de sus empleados.
- La Empresa cumplirá, a requerimiento del Cliente, con lo requerido por el artículo 30 de la LCT mediante la entrega de la documentación allí enumerada al Cliente. La Empresa no estará obligada a revelar al Cliente los niveles de remuneración de sus empleados, en el entendimiento que la misma constituye información privada propiedad de sus empleados. La información brindada en conexión con

<sup>19</sup> Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires • Rodríguez, Alfredo Epifanio c. Tesseg Seguridad S.A. y otros s/ despido • 04/09/2013 • AR/JUR/63900/2013

<sup>20</sup> Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VII • Escobar, Ernesto Gabriel c. Oikoss S.A. y otros s/ Despido • 30/11/2011 • La Ley Online • AR/JUR/81685/2011

<sup>21</sup> Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala I • Segura, Luis Roberto c. Pertenezer S.R.L. y otros s/ despido • 11/03/2013 • DT 2013 (julio) , 1652 • AR/JUR/5057/2013

<sup>22</sup> Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala I • A., A. S. c. Cervecería y Maltería Quilmes S.A. y otro • 25/02/2013 • DT 2013 (agosto) , 1897 con nota de Juan José Etala (h.) • AR/JUR/4979/2013

este apartado será identificada por el Cliente como “Información Confidencial”. Asimismo, el Cliente se obliga a proteger la confidencialidad de la Información Confidencial divulgada por la Empresa de la misma manera en que protege su propia Información Confidencial de naturaleza similar pero, bajo ninguna circunstancia, actuará por debajo del estándar de “cuidado razonable” para proteger dicha Información Confidencial. El acceso a dicha información estará restringido al responsable a fin del Cliente para el análisis de cumplimiento y verificación de lo normado en el Artículo 30 LCT, cualquier otro uso, análisis y/o aprovechamiento será considerado como una violación a la presente cláusula y habilitará a la Empresa a optar por la rescisión inmediata con causa y sin indemnización del presente contrato, y adicionalmente a la acción por daños y perjuicios que pudiera corresponder en relación al daño sufrido.

### **III. Conflictos interpretativos.**

Como podemos apreciar del análisis que venimos desarrollando, muchas veces por la complejidad de estas instrumentaciones, y no me refiero únicamente a los puntos abarcados por este estudio, sino también a aquellos puntos que estipulan los tecnicismos propios de las prestaciones informáticas, es posible que las partes decodifiquen un mismo texto de diferentes maneras, entendiendo obligaciones en cabeza de la otra parte y/o atribuyéndose derechos en la propia. Para contrarrestar estas situaciones, que mismo las partes suelen reconocer como posibles de acontecer en este tipo de mercado antes de siquiera redactar los contratos, son comunes las estipulaciones sobre procesos de negociación dentro del contrato y mesas aclaratorias de futuros conflictos, procesos que suelen tener como consecuencia ante la falta de acuerdo, si la cuestión fuere insalvable, la terminación del contrato. A continuación una cláusula habitualmente utilizada:

- En el caso de que surja una disputa, dificultad o diferencia con relación a la vigencia, validez, interpretación, ejecución, cumplimiento o resolución del presente Contrato, las Partes trabajarán conjuntamente y de buena fé para, primeramente, resolver el asunto internamente, en un plazo de treinta (30) días, ascendiendo a los niveles de dirección más altos de cada una. El inicio del proceso judicial referido a continuación será considerado como la finalización de tal período de negociaciones sin que dicho inicio pueda ser objetado sobre la base de la pendencia o falta de realización de tal proceso de negociación. Todas las controversias que surjan del Contrato o que guarden relación con la misma, incluyendo su terminación y efectos, serán gobernados e interpretados por las leyes de la República Argentina. Las Partes se someten, a la jurisdicción de los Juzgados Nacionales de Primera Instancia en lo Comercial con sede en la Capital Federal, renunciando las Partes a cualquier otro fuero o jurisdicción que pudiere corresponder.

Sin perjuicio de lo antes dicho, y cuando estas negociaciones entre las partes sobre la interpretación contractual no arribasen a buen puerto, siempre se podrá recurrir a la acción declarativa de certeza en sede judicial, a fin de lograr clarificar grises desde una objetividad imparcial. En esta inteligencia, tiene dicho la jurisprudencia: “La pretensión declarativa de certeza tiene por finalidad primordial obtener una declaración judicial que ponga fin a un estado de incertidumbre sobre la existencia, modalidades o alcances de

una relación jurídica, en aquellos casos en los que esa falta de certeza pueda producir un perjuicio o lesión actual al actor, tal como reza el artículo 322 del CPCC (por remisión expresa del art. 12 inc. 4° de la Ley N° 12.008, texto según Ley N° 13.101). De allí que la existencia de una duda acerca de alguno de esos extremos es un requisito -sine qua non- para la procedencia de esta acción, siendo menester, además, que quien la promueva no cuente con otro medio legal para poner término a esa situación”<sup>23</sup>

#### **IV. Conclusión.**

Entiendo que hoy en día, y pese a las libertades jurídicas y capacidades que tienen las personas jurídicas para acordar voluntades, adquirir derechos y contraer obligaciones, existen algunas normas locales que deberán tenerse en cuenta para una diligente redacción contractual. Será trabajo del abogado interviniente lograr adaptar, flexibilizar y mezclar estas previsiones normativas locales con las articuladas en los contratos ideados en el extranjero, y lograr un contrato híbrido coherente.

El análisis efectuado a lo largo de este estudio se desarrolló dentro de un marco meramente orientativo y con fines asistenciales. En este sentido, cada relación jurídica creada o ha crearse relacionada con el licenciamiento de Software merece un tratamiento y asesoramiento diferenciado y particular.

---

<sup>23</sup> SCBA doctrina causas B. 65.445, “Cámara Argentina de Agencias de Turf”, res. del 2-IV-03; B. 65.546, “Bingo King S.A.”, res. del 20-VIII-03; B. 65.559, “Formatos Eficientes S.A.”, res. del 29-IX-2.004; B. 65.721, “Vistamar S.A.”, res. del 6-X-04; B. 64.101, “Van Riel”, res. del 27-X-04; causas N° 692/2.006, “Verificadora Ruta 8 S.A. c/ Municipalidad de San M. s/ pretensión declarativa de certeza”, sentencia del 10 de agosto de 2.006; N° 821 “J. Carlos Oliva S.A. c/ Municipalidad de Tigre s/ acción declarativa”, sentencia del 15 de febrero de 2.007; N° 1.015, “Blanco, Ramona c/ Provincia de Buenos Aires s/ Acción Declarativa”, sentencia del 20 de septiembre de 2.007; N° 1.525/08, “Ferraro, Carlos Javier c/ Ministerio de Economía – Rentas s/ Pretensión Declarativa de Certeza”, sentencia del 19 de marzo de 2.009; N° 1.628/09, “Pedro Augustoni c/ Provincia de Buenos Aires s/ Acción Declarativa de Inconstitucionalidad”, sentencia del 18 de agosto de 2.009; N° 172/05, “Colegio de Farmacéuticos de la Pcia. de Buenos Aires c/ Municipalidad de Merlo s/ Acción Meramente Declarativa”, sentencia del 28 de octubre de 2.009; N° 1.840/09, caratulada “Blufstein, Ricardo c/ Provincia de Buenos Aires (ARBA) s/ Pretensión Declarativa de Certeza – Previsión”, sentencia del 11 de febrero de 2.010; N° 2.806/11, “Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires – Hospital Italiano c/ Municipalidad de Vicente López s/ Pretensión Declarativa de Certeza”, sentencia del 18 de noviembre de 2.011; N° 2.869/11, “Leuru S.A. c/ Municipalidad de Merlo s/ Pretensión Declarativa de Certeza – Previsión”, sentencia del 9 de febrero de 2.012 y N° 2.967/11, caratulada “Lacivita, Alejandro J. M. c/ Municipalidad de Marcos Paz s/ Pretensión Declarativa de Certeza”, sentencia del 4 de abril de 2.012, CCont.-adm. San Martín, 25/05/2013. - D. c. Fisco de la Pcia. de Buenos Aires s/Pretensión Declarativa de Certeza, entre otras.