

Contratos informáticos

Dra. Silvia Marcela Iburguren⁵
sibarguren@aol.com

Resumen

La contratación sobre bienes y servicios informáticos ha adquirido una relevancia incuestionable en la actividad comercial tanto por su frecuencia como por su magnitud. Existen notas propias de la contratación de bienes y servicios informáticos y otras que importan la puntualización de aspectos vinculados a institutos propios de la contratación corriente. La acepción contratos informáticos es amplia e incluye los contratos en los cuales los bienes y servicios informáticos constituyen su objeto como aquellos que se concluyen mediante bienes informáticos tal el caso de la transferencia electrónica o la gama de operaciones telemáticas. Resulta pertinente distinguir conceptualmente la **contratación electrónica** de la **contratación informática**.

El estudio de estos contratos en forma particular no persigue una regulación específica sino subrayar una problemática que torna necesaria la agudización del análisis en el intérprete dentro del marco normativo vigente. El conocimiento de la técnica, la calidad del producto, la utilidad o aplicación concreta de un bien o de un servicio constituye un elemento clave para la negociación de cualquier tecnología, principalmente de la informática. Esto genera una brecha traducida en disparidad de conocimientos entre proveedor y usuario. Implica puntualizar los alcances del principio de la buena fe en esta operatoria.

⁵ Silvia Marcela Iburguren es abogada recibida en la UCS y Especialista en Planificación y Gestión de Políticas Sociales de la Universidad Nacional de Salta. Actualmente es docente Adjunta a cargo de la Cátedra de Legislación Informática de la Facultad de Ingeniería e Informática de la UCS. El presente trabajo fue presentado por la autora en el Curso Intensivo de Posgrado "El Derecho Privado hacia el siglo XXI" de la Universidad de Buenos Aires. Director del trabajo: Prof. Doctor Atilio Aníbal Alterini.

I.- Introducción

La contratación sobre bienes y servicio informáticos ha adquirido una relevancia incuestionable en la actividad comercial, no sólo por su frecuencia sino también por su magnitud.

No caben dudas de que existen notas propias de la contratación de bienes y servicios informáticos y otras que, sin ser específicas, importan la puntualización de aspectos vinculados a institutos propios de la contratación corriente, tales como documentación técnica, concepto de conformidad, deberes de información y consejo, etc..

Estas notas, sin embargo, no implican reconocerle a los contratos informáticos una autonomía conceptual y sistemática respecto de contratos de otros géneros o que tengan diverso objeto.

La acepción contratos informáticos es amplia y podría generar la idea de que incluye no sólo los contratos en los cuales los bienes y servicios informáticos constituyen su objeto sino aquellos que se concluyen mediante bienes informáticos, como en el caso de la transferencia electrónica o la gama de operaciones telemáticas.

En tal sentido, resulta pertinente distinguir conceptualmente la **contratación electrónica** de la **contratación informática**.

Se denomina **contratación electrónica** o **por medios informáticos** aquella que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico, con influencia decisiva, real y directa sobre la formación de la voluntad, el desenvolvimiento o la interpretación de un acuerdo.

En un sentido amplio esta clase de contratación comprende a todos los contratos que se celebran por medios electrónicos o telemáticos. En cambio, desde un punto de vista más restringido se consideran tales solamente a aquellos contratos que se celebran mediante EDI, es decir, mediante la transmisión electrónica de datos de ordenador a ordenador.

En cambio, se entiende por **contrato informático** al que tiene por objeto bienes y servicios informáticos.

Los bienes informáticos comprenden tanto los 'elementos materiales' que constituyen el soporte físico o hardware, su unidad central

de procesamiento, periféricos, complementos, en definitiva todos los otros equipos que componen el soporte físico del elemento informático; como los 'bienes inmateriales' que proporcionan las órdenes, los datos, los procedimientos y las instrucciones en el tratamiento automático de información, cuyo conjunto constituye el soporte lógico del elemento informático.

En cambio, los servicios informáticos abarcan todos aquellos servicios que se relacionan con el tratamiento automatizado de la información y sirven de apoyo a la informática, tales como el diseño, el análisis y el mantenimiento del sistema.

II.- La categoría contratos informáticos

En opinión de Galgano, el elemento uniformante de la categoría de contratos informáticos se encuentra fuera del Derecho, ya que la informática no incorpora principios jurídicos diversos de los que regulan otras tantas materias⁶.

El estudio de estos contratos en forma particular no justifica el pretender una regulación específica, al menos por ahora (al decir de Bergel), sino simplemente pretende destacar una problemática que torna necesaria la agudización del análisis en el intérprete dentro del marco normativo y vigente.

Con acierto apunta Mirabelli que cuando se presentan situaciones nuevas es necesario descubrir, en primer lugar, los elementos de hecho, los elementos constitutivos, y, luego, delinear para cada problema singular, para cada conflicto de intereses, cuáles son las reglas derivadas del ordenamiento vigente⁷.

Por lo que, se podrá discutir sobre la oportunidad y la legitimidad de constituir una nueva categoría, pero sobre lo que no cabe ninguna duda es sobre la necesidad de dar una adecuada respuesta a un conjunto de problemas introducidos por la informática en la esfera contractual.

⁶ Galgano, Francesco, 'La cultura giuridica italiana di fronte ai problemi informatici', en I contratti di informatica, Giuffrè, Milán, 1987, p. 373.

⁷ Mirabelli, G., 'I contratti di informatica: modelli, tipicità e collegamento', en I contratti di informatica cit., p.3.

III.- Características de los contratos informáticos. Su tipicidad

El contrato informático está comprendido dentro de la amplia definición del art. 1137 del Código Civil, por el cual se considera que: "Habrá contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común destinada a reglar sus derechos".

El objeto de los contratos informáticos generalmente puede ser múltiple. Así, podemos mencionar como tal a:

a) bienes informáticos comprensivos de:

1.- el Hardware o conjunto de dispositivos y elementos mecánicos, magnéticos, eléctricos y electrónicos del sistema;

2.- el Software o conjunto de bienes inmateriales que constituyen el soporte lógico del sistema, incluyendo los programas de base y los aplicativos. Éste es entendido como el conjunto de afirmaciones o instrucciones para ser usadas directa o indirectamente en una computadora a fin de obtener un resultado determinado. (Public Law 96-517 (1980) de EE.UU.)

b) servicios informáticos de apoyo, como el diseño, el análisis y el mantenimiento de dicho sistema.

La diversidad de prestaciones en estos contratos es destacada por Pierre e Ives Pouillet, quienes señalan entre las prestaciones a que se puede obligar al proveedor, a las de: estudio y análisis de los problemas de automatización; suministro de equipo y software; adaptación de un software a las necesidades individuales del usuario, etc.⁸

El problema de la diversidad de prestaciones se acentúa eventualmente con la pluralidad de partes. Además de los proveedores y usuarios pueden aparecer en la negociación del contrato: distribuidores, productores de equipos originales, entidades prestadoras de servicios y consultores en informática - del lado del productor -; y analistas de sistemas - por parte del usuario -

Los contratos informáticos pueden subsumirse en diversos tipos legales, como: de compraventa, de locación de obra o de servicios, de leasing y de licencia.

⁸ Pierre e Ives Pouillet, 'Les contrats informatiques: Reflexions sur dix ans de jurisprudence belge et française', " Droit et Practique du Commerce international ", 1982, N° 1, p. 87.

Sin embargo, se forman contratos al margen de los principios establecidos en la norma de nuestro código, comprendidos en la denominación especial de contratos '**innominados**' (art. 1143, C.C.) o '**atípicos**'.

En múltiples aspectos el contrato informático se asemeja a los contratos clásicos; sin embargo, la complejidad de su estructura lo distingue de aquellos.

Suele suceder con frecuencia que se enrole indebidamente a cierto contrato en una categoría típica, como cuando se habla de compraventa de software, siendo que falta uno de los elementos esenciales de la compraventa, que es la 'cosa', como objeto material (art. 2311, C.C.).

Un problema central de la teoría de los contratos atípicos es el régimen al que son sometidos. Según sea el criterio adoptado, se da prevalencia a las normas de los contratos típicos afines o bien, a las reglas generales de las obligaciones y de los contratos.

Nuestro Proyecto de Código Civil de 1998, prevé las siguientes soluciones al respecto:

El artículo 913 al hablar de los contratos típicos y atípicos expresa que son tales según que la ley los regule o no. Así los atípicos se regirán por la siguiente normativa: **1º)** por la voluntad de las partes, **2º)** por las normas generales sobre contratos y obligaciones, y **3º)** por las disposiciones correspondientes a los contratos típicos afines que sean compatibles entre sí y se adecuen a su finalidad.

Cabe destacar que, tanto las normas generales como las correspondientes a los contratos típicos afines, determinan una cuestión relevante para determinar los alcances de los deberes de conducta y las responsabilidades emergentes de las partes, esto es, la ubicación de las obligaciones del prestador en las categorías de: obligaciones de medio o de obligaciones de resultado.

Una cuestión interesante es la incluida en el art. 914 del proyecto citado, al regular los **contratos atípicos con tipicidad social**.

En tal sentido el proyecto expresa que: "Se considera que tienen tipicidad social los contratos correspondientes a una categoría de negocios que son realizados habitualmente en el lugar de celebración. En

subsidio de la voluntad de las partes, están regidos prioritariamente por los usos del lugar de celebración".

En la misma línea, la VII Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil (Junín, 1996) declararon que 'cuando se trata de contratos atípicos correspondientes a una categoría de negocios que son realizados habitualmente en el lugar de celebración, según las circunstancias, los usos de ese lugar pueden prevalecer sobre las normas generales supletorias relativas a contratos y obligaciones'.

En la práctica actual, cabe destacar que si las partes han hecho referencia explícita o implícita a un tipo, se aplica - en lo pertinente - el mismo. De lo contrario le serán aplicables los principios doctrinarios y jurisprudenciales propios de los contratos atípicos.

No debe perderse de vista que, en definitiva, el tipo legal significa control y por ende un límite a la autonomía de la libertad, y, con ello, al abuso que, en la práctica, puede presentarse en este tipo de contratación.

Al respecto, el tema asume características singulares por la notable disparidad económica y comercial entre los contratantes que coloca a uno de ellos en una verdadera posición de influencia dominante, como también por el hecho de que el proveedor es considerado profesional - con mejor dominio técnico-, mientras que el usuario, de común, no lo es; circunstancias ambas que llevan con frecuencia a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos.

IV.- Clasificación de los contratos informáticos

Según la **materia** del acto que se celebre, los contratos informáticos pueden corresponder a:

a) equipamiento: unidades centrales de procesamiento; periféricos para entrada, salida o almacenamiento de datos; equipos de comunicaciones; etc.

b) software: de base y aplicativo.

c) servicios: de análisis y diseño de sistemas; programación, adecuación de locales e instalación, capacitación; mantenimiento de equipos, de software; etc.

Por otra parte, estos contratos son clasificados por Bonneau ⁹, según el **negocio jurídico** que se celebre:

a') de venta de: equipo informático; de programas.

b') de leasing: la anterior ley 24.441 establecía que entre el fabricante de material informático y la entidad financiera de leasing existía un contrato de compraventa, en tanto que entre dicha entidad financiera y el usuario existía un alquiler (locación) con compromiso de venta. Sin embargo, la nueva Ley de leasing, Ley 25.248, modifica el anterior concepto y lo regula como un contrato distinto.

c') de locación: de equipo; de programas; etc. .

d') de horas máquina: es un contrato de cesión de uso para una cantidad determinada de horas máquina.

e') de mantenimiento.

f') de prestaciones intelectuales: de estudios previos; pliego de condiciones; formación del personal; contrato llave en mano; etc.

g') de prestación de servicios.

V.- Aspectos de la contratación informática

V.1.- Distancia entre el proveedor de bienes y servicios informáticos y el usuario. El deber de información.

Cuando la contratación incluye aspectos relativos a tecnología de punta es dable advertir una brecha significativa que separa al proveedor del usuario, brecha traducida en una disparidad de conocimientos.

El conocimiento del estado de la técnica, la calidad del producto, de la utilidad o aplicación concreta de un bien o de un servicio constituye un elemento clave para la negociación de cualquier tecnología, con mayor razón de la informática.

De hecho resulta dificultoso a las personas vinculadas con la utilización de bienes y servicios informáticos el poder adecuarse a los constantes cambios que se producen en la materia. Esta aceleración opera en forma distinta en el proveedor y en el usuario.

El proveedor para permanecer en la actividad debe efectuar un esfuerzo de investigación y desarrollo que lo induce constantemente a

⁹ Bonneau, Jacques-Roger, 'La pratique du droit de l'informatique dans l'entreprise. Les relations entre constructeurs utilisateurs et conseils', Ed. de l'Usine Nouvelle, París, 1984, p.29.

efectuar cambios o presentar productos distintos dentro de un mercado de alta competencia.

El usuario, en cambio, no posee de común elementos técnicos suficientes como para comparar productos o ubicar el que le puede ser más útil para satisfacer las finalidades que persigue.

Esta brecha importa para el proveedor el poder de sustentar una posición más fuerte en la negociación que, indebidamente utilizada, puede llegar a abusos en la contratación.

De allí que la doctrina y jurisprudencia ponen a cargo del proveedor una serie de deberes que adquieren dimensión especial en esta materia, como son los **deberes de información y consejo**.

En la actualidad se considera como consecuencia del principio de la buena fe, que en la etapa de formación del contrato hay una obligación tácita de información, que concierne a un deber de veracidad y consiste en hacer saber a la otra parte ciertos hechos susceptibles de influir sobre su decisión.

Al respecto, la doctrina distingue entre **propaganda e información**. Admite que la primera forma parte de un método de comercialización en el que, dentro de los parámetros normales, se tolera cierta exageración de las cualidades de la cosa de que es objeto. En cambio, el deber de información requiere que se indique con exactitud la cualidad, calidad, función, y todos aquellos datos pertinentes relacionados al objeto del contrato.

A su vez, el deber de consejo tiende a orientar la decisión del cliente, e incluye la obligación de información en sentido estricto, pero no al revés¹⁰.

Así, se considera, en teoría general, que esa información debe ser suministrada en la medida en que una de las partes sabe, o debe saber, que la otra carece de ella.

La clave para decidir cuándo hay obligación de información es determinar si su acreedor sólo la habría podido obtener con un costo

¹⁰ Llobet Aguado, J., 'El deber de información en la formación de los contratos', p. 34, Madrid, 1996.

mayor que el soportado por el deudor; el costo de obtener la información, cuando la relación se enlaza entre un contratante experto y un contratante profano, es mayor para éste, porque está precisado a asesorarse respecto de lo que el otro ya conoce.

En tal sentido, las Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros (Mar del Plata, 1989) entendieron que el deber de información sólo tiene como límites 'el secreto profesional, la afectación del derecho a la intimidad' y 'el secreto industrial'.

Incluso, en los usos y costumbres relativos a la contratación informática se considera comprendido en ellos al deber de consejo e información.

También el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos de la Comisión Gandolfi consagra el deber de información para la etapa formativa del contrato, señalando en su artículo 7.1, que: " En el curso de las tratativas, cada una de las partes tiene el deber de informar a la otra sobre cada circunstancia de hecho y de derecho de la que tenga conocimiento, o de la que deba tener conocimiento, y que permita a la otra darse cuenta de la validez del contrato y del interés en concluirlo.

Al respecto, en nuestro país esta obligación ha sido recogida por el Proyecto de reforma del Código Civil de 1998 dispone, en su art. 927, que: 'el oferente está obligado, conforme a la regla de buena fe y según las circunstancias, a poner al alcance del destinatario de la oferta información adecuada sobre los hechos relativos al contrato que puedan tener aptitud para influir sobre su decisión de aceptar'.

La complejidad de las prestaciones y de los productos que forman el objeto de los contratos informáticos amplifica la incidencia del desequilibrio básico de información entre las partes, lo que permitiría admitir su encuadre en el denominado "**orden público tecnológico**"¹¹.

V.2.- Objetivos perseguidos por las partes. Individualización de la prestación.

Entre los objetivos perseguidos por las partes, el usuario pretende satisfacer sus propias exigencias a través de la obtención de

¹¹ Ivanier, T., 'Del'ordre technique al'ordre public technologique ', cit. por Monina en I contratti informatici, p. 123.

determinados resultados funcionales; en tanto, que el proveedor pretende garantizar la funcionalidad del equipamiento en abstracto, tratando de limitarse a adecuar el sistema a las especificaciones técnicas que le sirvieron de base contractual, dejando de lado el fin específico de la contratación.

Es la dicotomía anglosajona entre 'contracting for results' y 'contracting for resources'¹².

Esto tiene directa relación con el carácter de las obligaciones que asume el proveedor. Si simplemente se limita a contraer una **obligación de medio** la satisface con poner una diligencia normal que contribuya al logro del fin buscado; si por el contrario, adquiere una **obligación de resultado**, garantiza el cumplimiento de la finalidad perseguida por el usuario.

En materia informática las obligaciones del proveedor son por regla general obligaciones de resultado¹³, dado que la falta de concreción de determinados objetivos funcionales equivale en la práctica a la completa inutilidad del sistema, el que queda privado de valor económico.

En consecuencia, resulta de imperiosa necesidad precisar en la forma más concreta y objetiva posible el objeto de la prestación.

Al estudiar la formación del contrato informático, De Lamberterie destaca que es necesario contar con un **objeto cierto** que forme la materia del compromiso. Para que haya acuerdo es preciso que dos manifestaciones concordantes de voluntad en sus sujetos se encuentren en el tiempo y en el espacio, debiendo el contenido de la aceptación ser idéntico al de la oferta¹⁴.

Evidentemente, la determinación del objeto de la prestación no puede convertirse en una carga sólo para el proveedor. Estamos ante un caso en que funcionan los recíprocos deberes de colaboración y el usuario debe hacer su máximo esfuerzo por lograr tal determinación.

¹² Rossello, C., " I contratti dell'informatici. ... ", a cargo de Guido Alpa, giuffrè, Milán, 1984, p. 98 .

¹³ Bergel, S., 'Informática y responsabilidad civil' en Informática y Derecho, Depalma, Buenos Aires, 1988, vol.2, p. 168.

¹⁴ De Lamberterie, I., 'Contratos en informática', en derecho y tecnología Informática, Nº 1, Bogotá, 1989, p. 63.

Sobre el particular, la C.E.C.U.A. (Confederación de Asociaciones Europeas de Usuarios de Tecnologías de la Información), en sus "Cláusulas modelos para la compraventa de equipos informáticos" destaca que el Pliego de Condiciones constituye una pieza clave para zanjar las dificultades interpretativas, toda vez que el mismo 'es parte integrante de todo contrato informático'.

Para ello, es preciso y necesario que el usuario detalle sus dificultades, de tal forma que el fabricante pueda identificar y evaluar claramente el equipo físico y lógico necesario para satisfacer dichas necesidades.

Es del caso advertir que cuanto mayor sea la complejidad del equipamiento requerido, mayor será la necesidad de un pliego de condiciones técnicas redactado por personal especializado.

Tal pliego debe partir del conocimiento de las exigencias del usuario, debe traducir las necesidades del mismo en términos del equipo físico y lógico más idóneas para la tarea a realizar con los equipos físicos existentes y con los paquetes de programas y las últimas innovaciones de la industria de los ordenadores.

Ergo, la insuficiente o inexacta descripción de la prestación a cargo del proveedor conlleva a conflictos derivados del incumplimiento contractual.

V.3.- Contratos Conexos

De común, los contratos asumen formas mixtas incluyendo en su contenido diversas prestaciones pertenecientes a otros tantos contratos típicos. Así, en el mercado informático existen una serie de modelos contractuales dotados de "atipicidad estandarizada"¹⁵

Como lo sostiene Pavone La Rosa "estamos en el campo de los 'contratos' vinculados con el concepto de 'sistema', razón por la cual es difícil que se dé un contrato con esquemas puros; lo más probable es que contenga prestaciones de naturaleza variada". Es frecuente la existencia de contratos que envuelven una pluralidad de prestaciones encadenadas

¹⁵ Rossello, C., 'I contratti dell'informatici. Spunti di riflessione in comparazione con l'esperienza statunitense e francese', en I contratti di utilizzazione dei computers, a cargo de Guido Alpa, Giuffrè, Milán, 1984, p.110

en diferentes esquemas negociales (Ej. venta, asistencia técnica, entrenamiento de personal, mantenimiento, etc.).

Sin embargo, cabe distinguir la simple pluralidad de bienes comprendidos en el objeto de un único contrato (también denominados contratos mixtos) de los llamados contratos conexos.

La conexidad es un fenómeno diverso que comprende el estudio de todas aquellas relaciones en las que los contratos son instrumentos para la realización de una operación económica.

En la contratación informática es frecuente que sean celebrados algunos contratos individuales pero articulados en su sistema global.

Según Bertrand existe una multiplicidad de contratos (informáticos) debido a la especificidad de su objeto; pero lejos de hallarse aislados, se presentan muy a menudo por grupos. De tal modo, esta clase de contrato tiene una estructura de 'contrato complejo' si es que no se trata de un 'complejo de contratos'¹⁶.

Esta complejidad se puede evidenciar en el mismo acuerdo o en una pluralidad de acuerdos -formalmente independientes- pero que, atento a la unidad de la operación bajo el cariz económico, no admiten ser considerados como contratos autónomos.

En tal sentido, las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Santa Fe, 1999) expresaron que: "Habrán contratos conexos cuando, para la realización de un negocio único, se celebran, entre las mismas partes o partes diferentes, una pluralidad de contratos autónomos, vinculados entre sí, a través de una finalidad económica supracontractual. Dicha finalidad puede verificarse jurídicamente en la causa subjetiva u objetiva, en el consentimiento, en el objeto, o en las bases del negocio", siendo menester distinguir "entre la estrategia negocial y los contratos que se utilizan para llevarla a cabo".

Sin embargo, los contratos conexos plantean dos problemas principales. Por un lado, **su interpretación**, en el sentido comprensivo de la integración del contrato; y por el otro, la **responsabilidad emergente** de los mismos.

¹⁶ Bertrand, André, 'Contrats informatiques. Services et conseils', Ed. des Parques, París, Francia, 1983, p. 25

Al respecto, el Proyecto de Código Civil argentino de 1998 en su art. 1.030 prevé que: 'Los contratos que están vinculados entre sí por haber sido celebrados en cumplimiento del programa de una operación económica global son interpretados los unos por medio de los otros, y atribuyéndoles el sentido apropiado al conjunto de la operación'.

Por su parte, en cuanto a la responsabilidad emergente, en la XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil cit. ut supra, se entendió que pesan sobre las partes de los distintos contratos conexos 'deberes y obligaciones respecto de los demás miembros o terceros, que tienen su origen en el sistema'.

V.4.- Contratos predispuestos, de adhesión o con condiciones predispuestas

Los contratos discrecionales, predispuestos o paritarios (también denominados de adhesión, tipo, standard, uniformes, celebrados mediante formularios, prerredactados, etc.) fueron el paradigma de la legislación clásica cuyo criterio orientador expresaba que el consentimiento libre prestado sin dolo, error ni violencia y con las solemnidades requeridas por las leyes, debía hacer irrevocables los contratos.

Ese paradigma asumía la existencia de una negociación pas à pas o de grés a grés entre los contratantes, presuponiendo su igualdad formal.

En la realidad comercial se toma en cuenta que los contratos suelen ser predispuestos por una de las partes, cuando no, sujetos a la simple adhesión de la otra.

En los contratos de adhesión, que contienen cláusulas generales y especiales, una de las partes fija todas las cláusulas y la otra puede o no adherirse, sin tener a su vez la posibilidad de formular una contraoferta y, en ocasiones, de rechazarla.

Como bien lo señala Spota, con frecuencia en estos contratos falta en principio la igualdad económica¹⁷.

¹⁷ Spota, Alberto, 'Instituciones de derecho civil, Contratos' Ed. Depalma, 1975, vol. 1, pag. 222.

El contrato de adhesión prospera al par de las situaciones monopolistas, dado que supone una posición económica de monopolio legal o de hecho del monopolista que permite la imposición al consumidor.

La situación de desigualdad entre las partes, característica de estos contratos, se agrava en los contratos informáticos, en los cuales el cliente, por ignorar la técnica informática, no puede establecer juicio sobre el producto o servicio que se le propone.

Como señala Bergel, no todo contrato concluido por condiciones generales es ilícito, pero no se puede dejar de destacar que permite la existencia de abusos por parte de quien detenta la influencia dominante¹⁸.

Se ha sostenido, en tal sentido, que en ciertos contratos de adhesión, cuando los compromisos contractuales de un proveedor no pueden ser discutidos y modificados por sus clientes, tienen carácter casi ilícito; puede haber en ellos "abuso de situación contractual", "abuso de situación económica" o "abuso de posición dominante"¹⁹.

Con acierto, en las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 1997) se estableció que en los contratos por adhesión a cláusulas generales, predispuestos, o de consumo, la autonomía privada debe estar sometida (además de las reglas generales) al mantenimiento del equilibrio de la relación de cambio.

Este es un elemento preponderante en el tratamiento del tema, dada su fuerte incidencia en la contratación informática.

El Proyecto de Código Civil argentino de 1998 introduce diversas definiciones que coadyuvan a distinguir la diversidad conceptual existente en el tema.

Así, denomina **contrato predispuesto** a aquel cuyas estipulaciones han sido determinadas unilateralmente por algunas de las partes; en tanto, que llama **cláusula predispuesta** a la cláusula del contrato en iguales circunstancias (a las mencionadas precedentemente). (art. 899 inc. c).

¹⁸ Bergel, Salvador, 'Las cláusulas limitativas de la responsabilidad en los contratos informáticos', Revista del Derecho Industrial, Ed. Depalma, n° 21, set.-dic. 1985, t.7, p. 474.

¹⁹ Bertrand, André, 'Contrats informatiques, ob. cit., p. 13.

Por su parte, denomina **condiciones generales** a las cláusulas predispuestas por algunas de las partes, con alcance general y para ser utilizadas en futuros contratos particulares, sea que estén incluidas en el instrumento del contrato, o en otro separado. (art. 899 inc. d).

El **contrato celebrado por adhesión** es el contrato predispuesto en que la parte no predisponente ha estado precisada a declarar su aceptación (inc. e, art. cit.).

El art. 905 del proyecto reseñado contempla que los contratos predispuestos, y en su caso las cláusulas predispuestas, cuando son celebrados por escrito deben ser redactados de manera clara, completa y fácilmente legible.

Por su parte el art. 1033 agrega que éstos deben ser interpretados en sentido favorable a la parte no predisponente. De tal forma que, si ésta no actúa profesionalmente en la actividad a la que corresponde el contrato, cuando es dudosa la existencia de una obligación a su cargo, se presume su liberación, y cuando son dudosos los alcances de su obligación, se está a la que le es menos gravosa.

Como se advierte, se trata de una muy rigurosa fórmula de **favor debilis**, que ha sido incorporada a nuestro derecho a través del art. 37 de la Ley 24.240 de defensa del consumidor.

A fin de evitar los abusos que conllevan ciertos contratos o cláusulas calificadas como vejatorias, el art. 968 del proyecto de 1998, dispuso que se tienen por no convenidas las estipulaciones que por sí solas o combinadas con otras: **1)** desnaturalicen las obligaciones de las partes; **2)** limiten la responsabilidad del predisponente por daños al proyecto de vida; **3)** limiten la responsabilidad del predisponente por daños patrimoniales sin una adecuada equivalencia económica; **4)** importen renuncia o restricción a los derechos del no predisponente, o ampliación de los derechos del predisponente, que resultan de normas supletorias; **5)** obliguen al no predisponente a pagar intereses, si su tasa excede sin justificación y desproporcionadamente el costo del dinero para deudores en operaciones similares.

Sin embargo, el art. 969 prevé que las estipulaciones detalladas, precedentemente, en 3), 4) y 5) son oponibles al no predisponente si el predisponente prueba que, antes de concluir el contrato, aquél las había

conocido o hubo de haberlas conocido; y que las ha aprobado expresa y especialmente por escrito, si esta aprobación resulta razonable.

Sobre el tema la Comisión redactora del proyecto citado manifestó (entre sus fundamentos) que los tribunales están habilitados para intervenir en este tipo de contratación para evitar su desnaturalización y mantener la equivalencia en la relación negocial de cambio. Dicha desnaturalización está estrechamente relacionada con la **causa final**, la que es 'entendida como el propósito común de las partes de alcanzar un resultado económico y jurídico'. (Iº Jornadas del Fin del Mundo de Derecho Privado, Ushuaia, 1996).

VI.- La vida del contrato

VI.1.- Período precontractual

La evolución operada en el campo de la informática hace que cada vez con mayor precisión se puedan satisfacer mayores necesidades del usuario.

Los sistemas informáticos no pueden ser útiles sino cuando se han definido previamente con precisión las órdenes que se deberán ejecutar, y su papel y lugar para el futuro usuario. En razón de ello - señala De Lamberterie - usuarios analistas de sistemas y constructores han tomado conciencia de la necesidad de acudir a una metodología más rigurosa en el análisis de la necesidad y determinación del servicio²⁰.

Es en el período precontractual donde se delimita y precisa el objeto de la prestación. La conducta del usuario se torna en decisiva, en cuanto a la debida descripción de sus necesidades y la correlativa conducta del proveedor en cuanto a la observancia de sus deberes de información y consejo.

Según sea el grado de complejidad de la prestación requerida, el usuario deberá o no acudir al consejo de un consultor para que técnicamente pueda exponer los límites de la prestación requerida.

Las obligaciones que pesan sobre el usuario encuentran sus límites en las obligaciones que se le atribuyen al proveedor. Los tribunales

²⁰ De Lamberterie, ob. cit., p.63.

franceses han reiterado el criterio de que los proveedores - que se supone conocen anticipadamente las necesidades de sus clientes - no podrán devolver a éstos la responsabilidad por la falta de adecuación de la prestación a sus necesidades²¹.

El deber de información y consejo asume en esta etapa precontractual un papel protagónico, en cuanto obligaciones a cargo del proveedor, como ya se anticipó en el ítem V.1.-.

Al respecto, Savatier distingue la hipótesis en la cual un sujeto es acreedor a una simple advertencia, de aquélla en que requiere una información y de aquella otra en que existe un verdadero deber de consejo (puede ser incitativo o disuasivo respecto de una situación)²².

El deber de asesoría a cargo del proveedor encuentra sus límites en el tipo de información a que el cliente tiene derecho y espera de él: la información técnica.

En este sentido, los tribunales de París resolvieron en la causa "Cajus France c/ IBM. France" (10/4/76) que los consejos y las prevenciones que el cliente tenía derecho a esperar de parte del proveedor no podían exceder el marco de lo técnico, limitado a las condiciones de uso del material como a los costos de locación de éste, por cuya razón el cliente no podría reprochar a I.B.M. un error de apreciación del cual era enteramente responsable.

Asimismo, debe diferenciarse la obligación precontractual de la obligación contractual de consejo. En la primera etapa el deber de consejo se refiere a la elección del sistema y de los materiales, en tanto que en la segunda, este deber se entiende referido a la formación del personal, a la reorganización de los servicios o, en su caso, a la utilización de los aparatos.

La existencia de estos deberes a cargo del proveedor no puede colocar al usuario en una posición pasiva. El sinalagma contractual pone a cargo del usuario ciertos deberes de diligencia.

Resulta de interés observar la evolución operada en la jurisprudencia francesa al respecto.

²¹ De Lamberterie, ob. cit., p.65.

²² Savatier, René, 'Les contrats de conseil professionnel en droit privé, Dalloz, Chron., 1972, p. 137

Hasta 1979, los tribunales galos sostuvieron que sólo el cliente era responsable si no había hecho un análisis profundo de sus necesidades.

Este criterio fue modificado, en parte, a partir de un fallo de la Corte de París del 3/4/79, en el cual se señaló que pertenece al cliente definir sus necesidades y los objetivos a alcanzar, formulando claramente la naturaleza y el volumen del trabajo a automatizar; pero señaló que pesa sobre el proveedor una clara obligación de ayudar al cliente a expresar sus necesidades. A la obligación del usuario de informar se complementa la del proveedor de informar y aconsejar²³.

El deber de información del proveedor debe versar sobre: la calidad de los bienes a los que se refiere el contrato; los usos posibles del material; rendimiento del equipo en el tiempo; elementos para que el usuario pueda calcular la rentabilidad del sistema adquirido, costo de adquisición y de mantenimiento; eventuales riesgos de su utilización; impacto del sistema adquirido en la estructura de la empresa; necesidades complementarias del personal; entre otros.

VI.2.- El acuerdo de voluntades

La validez de un contrato in genere requiere los clásicos requisitos de capacidad, objeto lícito, causa y consentimiento.

En materia informática, ni la capacidad ni la causa ofrecen rasgos particulares. Respecto del consentimiento, su validez está supeditada a que sea prestado por una voluntad nítida y libre.

Es importante en este campo la configuración del error como vicio del consentimiento. Conforme a los arts. 926 y 928 del Código Civil, el error es causa de nulidad cuando se refiere a cualidades sustanciales del objeto del contrato.

Por otra parte, el consentimiento también puede estar viciado por dolo, en forma particular por el denominado 'dolo negativo' o reticencia dolosa.

La Corte de Casación francesa ha establecido que el dolo puede estar constituido por el silencio de una parte disimulando a su contratante

²³ París, chambre 5^a, " S.A.R.L. Cavinet Sailliot c/ Locafrance et Olivetti ", en De Lamberterie, I., 'Les contrats en informatique', Litec, París, 1983, p. 13.

un hecho que, de haberlo sabido, lo hubiera inducido a no contratar (Casación Civil III, 15/6/71); criterio éste seguido por la sala V de la Corte de París en los autos "Sté. Savié c/ Sté. Logobax".

Otro elemento que resulta constitutivo del acuerdo de voluntades es la **determinación de precio**, como contrapartida de la prestación informática.

El contrato no se constituye si la fijación del precio ha quedado librada a la discrecionalidad de una de las partes. Sin embargo, sí se considera suficientemente determinado si es determinable objetivamente.

El pago de una parte importante del precio en las etapas determinantes, como la recepción, estimula al proveedor a observar con fidelidad la ejecución de sus obligaciones.

Entre las **cláusulas más usuales** que se emplean en la contratación informática podemos mencionar:

a) relativas a la modificación del objeto del contrato: el iter entre la elaboración de un sistema y su puesta en funcionamiento puede prolongarse en el tiempo, por lo que las partes pueden convenir que el usuario en ese lapso pueda razonablemente modificar o incorporar dispositivos adquiridos de otros proveedores.

b) relativas a garantías de funcionamiento: el proveedor se obliga a asegurar el rendimiento de las prestaciones durante un período de garantía establecido en el contrato. Esta garantía comenzará a funcionar a partir de la finalización de las pruebas de recepción, una vez efectuada la recepción definitiva. Durante este período el proveedor se obliga al mantenimiento correctivo, preventivo y sistemático del equipo.

c) garantías con respecto a los derechos de propiedad intelectual o industrial: El proveedor debe garantizar al usuario que no se encontrará incurso en infracciones o presuntas infracciones a patentes, derecho de autor o secretos industriales; en el caso, deberá sanear al cliente cualquier gasto que le irroge una defensa en juicio.

d) capacitación del personal del usuario: el permanente cambio de la tecnología informática torna imprescindible la capacitación del personal del usuario afectado a este campo, dado que importa una transferencia de tecnología elemental necesaria para satisfacer las exigencias de una utilización adecuada de los sistemas.

e) documentación: el proveedor debe suministrar al usuario un conjunto de manuales y documentación anexa que permitirá un

funcionamiento satisfactorio y eficiente de los equipos. La documentación se considera que integra el equipo físico y el equipo lógico, por cuya razón debe incluirse en el precio de éstos.

f) asistencia técnica: el proveedor debe suministrar asistencia técnica de consultoría de sistemas al usuario, consistente en: concepción de sistemas, programas de ayuda a la programación, adaptación de programas, concepción de bases de datos y fichero, distribución en planta, instalación física, asesoramiento en organización y dirección, gestión de proyecto, etc.

g) nulidad parcial de cláusulas: en los contratos tipo suele incluirse la cláusula de **severance** o **severability** que importa la posibilidad de excluir del contrato cláusulas nulas o anulables, sin afectar el funcionamiento del conjunto.

h) confidencialidad: resulta de fundamental importancia para ambas partes. Desde el punto de vista del proveedor, éste transmite información calificada que no tiene interés en que se haga pública y el usuario, por su parte, le hace conocer secretos de su organización empresarial, clientes, elaboración de costos, etc. que no desea sean conocidas por terceros.

En tal sentido, en su cláusula 32.1, la C.E.C.U.A. estableció que ambas partes mantendrán en secreto cualquier información obtenida en virtud del contrato y no la divulgarán a terceros sin el consentimiento expresado por escrito de la otra parte.

VI.3.- La ejecución del contrato

Suscripto el contrato comienza el período de ejecución de las prestaciones comprometidas por ambas partes (entrega, pago del precio, mantenimiento, etc.), así como también entran a jugar las garantías del mismo.

La '**entrega**' de los equipos y de la **consiguiente conformidad** tiene especial relevancia en materia informática.

El mero hecho de la tradición del equipo o la puesta a disposición del mismo en el local del usuario no puede implicar lo que en los supuestos contractuales normales se denomina 'entrega'. De hecho, en esta materia, la simple tradición no tiene los efectos jurídicos propios del cumplimiento del contrato.

Para los sistemas complejos es imposible asegurar inmediatamente la perfecta conformidad de la cosa, es necesario observar un período

razonable a fin de poder testear el equipo, al menos en sus performances esenciales²⁴.

Tal 'entrega' se integra por una serie de pasos que conducen a obtener una conformidad vinculada al destino asignado en la contratación.

En los contratos informáticos cabe distinguir la **entrega** de la **instalación**. La primera consiste en poner el material a disposición del cliente en sus locales; en cambio, la segunda es la operación que sigue a la puesta a disposición del material y por la cual el proveedor toma todas las medidas adecuadas para hacer posible la operación del sistema.

Un tema relevante a estos efectos, es el de verificar si el equipo entregado se conforma no sólo con los aspectos estructurales contemplados en el contrato, sino también si las características que el proveedor atribuye a los bienes en su publicidad se adecuan o no a la realidad, tema que ha dado lugar a la denominada "**doctrina de la integración publicitaria del contrato**".

Dado este primer paso, se pasa a cumplir con las pruebas de aptitud del sistema que tienen por objetivo verificar si los bienes son acordes a las necesidades definidas por el cliente en la documentación contractual.

Cumplidas satisfactoriamente en los plazos previstos, las pruebas de aceptación tendrán efecto de recepción definitiva del sistema, previa constatación del nivel de calidad.

La C.E.C.U.A. establece que los proveedores cumplirán las prestaciones de conformidad con las normas técnicas aplicadas en los **buenos usos de la práctica informática**.

Por su parte, el '**mantenimiento**' - dentro de la etapa de ejecución del contrato - involucra el mantenimiento preventivo, sistemático y correctivo de los bienes, así como la sustitución o reparación de las piezas defectuosas.

²⁴ De Lophen, E. y Thunis, X., en 'Le droit des contrats informatiques', Centre de Recherche Informatique et Droit des Facultés Universitaires de Namur, Namur, 1987, p. 257.

El mantenimiento puede ser contratado por los propios proveedores del sistema o por un tercero.

En la práctica el mantenimiento puede convenirse como obligación de resultado (permanencia del equipo en estado de cumplir normalmente sus funciones) o como obligación de medio (tiempos de servicios, cambios de piezas, etc.). Las primeras generan obligaciones más severas en cabeza del prestador.

Finalmente, la ejecución del contrato lleva consigo la garantía legal de responder por '**vicios redhibitorios**', ya que compete al proveedor transmitir una posesión útil conforme a la finalidad requerida.

De acuerdo al art. 2164 del Código Civil, el vicio redhibitorio debe ser oculto, existente al tiempo de la adquisición y debe hacer a la cosa transmitida impropia para su destino. A estos requisitos la Jurisprudencia le ha adicionado el de 'gravedad'.

En el ámbito informático se considera vicio oculto el supuesto de que el equipo físico y el equipo lógico no sean aptos para el fin al cual se los destine, por causa de defectos que existían pero que no eran manifiestos en el momento en que el equipo físico y el equipo lógico fueron servidos al cliente.

Incluso, aún sin existir un defecto intrínseco, la cosa transmitida puede resultar impropia para su destino. En materia informática la insuficiencia de la capacidad de la memoria o la dilación en el tiempo de respuesta pueden impedir, sin afectar la sustancia del equipo, su normal utilización.

Ergo, se impone una **interpretación funcional** del vicio oculto.

Además, el defecto debe presentar una cierta gravedad y constituir un obstáculo lo suficientemente serio para el buen funcionamiento del equipo. Se ha entendido que incidentes menores de funcionamiento no atentan contra el uso de un equipo.

El vicio debe ser oculto. El art. 2170 del Código Civil declara exento de responsabilidad al vendedor, si el adquirente lo conocía o debía conocerlo en función de su profesión u oficio.

Como contrapartida, si el vendedor conoce o debía conocer por razones de su oficio o arte los vicios ocultos de la cosa vendida y no lo manifestó al comprador, éste tendrá, a más de las acciones de los arts. 2173 y 2174 del Código Civil, el derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios. (art. 2176 C.C.)

Esta garantía comienza a jugar sólo después de producida la recepción definitiva del sistema por parte del cliente o usuario.

Finalmente, cabe hacer mención respecto de la **'cláusulas limitativas de la responsabilidad'**.

La utilización masiva del computador en las más diversas ramas del quehacer humano acrecienta la posibilidad de daños, no sólo respecto al usuario, sino también respecto a terceros en general; daños cuya estimación es difícil prever.

Consecuencia de ello se ha constituido una constante preocupación para los fabricantes la redacción de contratos, donde se vuelca sobre el usuario la responsabilidad por daños.

En los contratos tipo -señala Guido Alpa- es posible verificar cláusulas donde el fabricante productor individualiza y circunscribe el ámbito de su responsabilidad, cuando no, la excluye en su totalidad²⁵.

No obstante ello, estas cláusulas limitativas de la responsabilidad sólo pueden ser admitidas con carácter restrictivo, en la medida en que no afecten principios fundamentales del derecho obligacional: la buena fe, la moral, las buenas costumbres o el orden público económico.

En una época caracterizada por el ensanchamiento del ámbito de la responsabilidad, las cláusulas limitativas de ella deben ser interpretadas con criterio restrictivo, tomando en especial consideración las particularidades del mercado y el abuso de posición dominante de una de las partes, tal el caso del proveedor²⁶.

²⁵ Alpa, G., Diritto dell'informatica: nuova terminologia per l'applicazione del diritto comune', en Comunicación al IV Congreso Internazionale sul tema Informatica e regolamentazione giuridice, Roma, mayo 1988.

²⁶ Bergel, S., 'Las cláusulas limitativas de la responsabilidad en los contratos informáticos', en Revista del Derecho Industrial, año VII, N° 21, p. 469.

Bibliografía

BERGEL, Salvador D., "Notas sobre contratación informática", en Revista de Derecho Privado, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires.

BRIZZIO, Claudia, "Contratación electrónica y Contratos informáticos" en Revista La Ley, Sec. Doctrina, T. 2000 A.

CORREA-NAZAR ESPECHE-CZAR DE ZALDUENDO-BATTO, "Derecho Informático", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994.

DE LAMBERTERIE, Isabelle, "Contratos Informáticos", en Informática y Derecho - Aportes de Doctrina Internacional, Ed. Depalma, Vol. 4, Buenos Aires, 1998.