

# Responsabilidad Civil en Materia de Informática

GUILLERMO OROZCO PARDO

*Profesor Titular del Departamento de Derecho Civil.  
Universidad de Granada*

## RESPONSABILIDAD CIVIL EN MATERIA INFORMATICA.

El presente trabajo, que supone una relectura sobre un trabajo nuestro precedente, tiene como objeto principal el de analizar la aplicación de los principios generales que inspiran al Derecho de Daños al campo de la informática en lo referido a las actividades de riesgo que en el seno de la misma se realizan. Es por ello que hemos considerado más adecuado dividirlo en dos partes. Una primera que tiene por objeto establecer el contenido y significado de los conceptos y figuras jurídicas más relevantes aplicables al campo de estudio, a la luz de las corrientes doctrinales, legales y jurisprudenciales más modernas.

En la segunda parte, hacemos una aplicación directa de las mismas a las tres actividades de riesgo más importantes a nuestro juicio: contratación de bienes informáticos, prestación de servicios y tratamiento automatizado de datos personales. Sólo aludimos a la disciplina contractual de estas materias en la medida en que ello ha sido necesario para nuestro estudio, pues la contratación de bienes y servicios forma parte de otro bloque temático del presente Curso, distinto al que nos da sede

Por otra parte, hemos de hacer constar que la perspectiva desde la cual se plantean estas líneas es la de proponer criterios de solución a los múltiples problemas que el tema puede plantear, en razón de ello hemos eludido el entrar en la exposición de una casuística dentro de la cual seguramente hubiésemos dejado muchos supuestos por destacar. Para ello partimos desde nuestra condición de jurista por lo que forzosamente el nivel técnico de la exposición no estará a la altura de muchos lectores, si bien nuestra intención es incidir en la dimensión cultural y ética de la informática como medio al servicio de la persona y no como un simple avance tecnológico. Esa coordinación ética entre los hombres que es el Derecho debe servir de punto de partida para extraer los principios necesarios a fin de que un avance tan decisivo como este sirva realmente a la sociedad para su mejora y desarrollo y no se convierta en un instrumento de poder de un sector científica y tecnológicamente más preparado para su utilización. Por otra parte, hoy más que nunca se hace necesario dotar al técnico de un código ético para regir la utilización y finalidad de su actividad y poner a disposición del ciudadano unos medios legales que le permitan obtener, cuando no impedir, la reparación de los daños en sus bienes y derechos que una utilización inadecuada de la informática pueda inferirle. Esa es la intención que persiguen estas líneas.

## **PRIMERA PARTE**

### **I- INTRODUCCIÓN:**

La amplitud de conceptos que sugiere el título que preside estas líneas hace que, ineludiblemente, iniciemos nuestra exposición poniendo de manifiesto que nuestro objetivo fundamental no es agotar la materia sino plantear o sugerir unas líneas de investigación y análisis que se deducen de la aplicación de la disciplina de la responsabilidad civil, contractual y extracontractual, al campo de las relaciones jurídicas que se plantean por medio de ese instrumento capital de nuestro tiempo que es la informática. Superado ya el tópico de su comparación con la imprenta, hoy debemos atender a unos fenómenos nuevos que se nos están presentando a todos, juristas o no, que generan una problemática a la que debemos dar una solución en base a esquemas legales surgidos en una época en la que la informática aún no existía.

Básicamente, la cuestión que nosotros vamos estudiar está referida a los daños que se infrinjan a la personas como consecuencia de la prestación de servicios o de la utilización de los medios informáticos. Se trata, de

un lado, de analizar la responsabilidad del profesional informático, en cuanto sujeto técnicamente capacitado para actuar en el campo de la prestación de servicios de esta naturaleza; y de otro de atender a las consecuencias que la fabricación y comercialización de "hardware" y "software" pueden ocasionar al usuario que los adquiere o utiliza por cualquier título legítimo. Finalmente, analizaremos la problemática de la responsabilidad de los titulares de los ficheros de tratamiento automatizado de datos de carácter personal.

Se trata pues, de partir de la base de la disciplina civilística para extraer el "precipitado" básico de las normas de esta naturaleza y aplicarlo, con las debidas correcciones, a un fenómeno tan nuevo como la informática. Las relaciones entre informática y Derecho son múltiples y variadas y, de hecho, han originado que en los más modernos planes de estudios de las Facultades de Derecho se vaya abriendo, tímidamente, paso una nueva disciplina llamada "Derecho de la Informática o Derecho Informático" que atiende al estudio sistematizado de las relaciones jurídicas que surgen en este campo y a sus consecuencias.

Ello implica cuestiones de muy diversa índole: relaciones contractuales, protección de datos, propiedad intelectual e industrial de sus productos, delitos informáticos, etc... que plantean un desafío que hoy el derecho no llega a responder adecuadamente. Es mucho más que adaptarse a la nueva tecnología, supone un cambio de estructuras mentales a la hora de abordar tales temas, pero sin abandonar el principio base de toda disciplina jurídica: la protección y promoción de los valores de la persona; con ello se llegaría a una suerte de "humanismo tecnológico" imprescindible en una sociedad como la actual que cada vez más demanda la defensa del "mandato ético de la norma" frente a la vulneración o incumplimiento de la misma.<sup>1</sup>

Ciertamente, la influencia de la evolución tecnológica sobre las estructuras socioeconómicas ha ocasionado unas importantes consecuencias en las

■<sup>1</sup>Vid. Pérez Luño, A.E.: "Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución". Madrid, 3ª ed. y "Manual de Informática y Derecho". Ariel, Barcelona, 1996; Davara Rodríguez: "Derecho Informático". Aranzadi, Pamplona, 1993; Frosini: "Cibernética, Derecho y sociedad". Madrid, 1982 y Díez Picazo: "Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho privado. (Dos esbozos)". Cívitas, Madrid, 1979

mismas. Además ha supuesto la aparición de una complicada problemática que el Derecho no puede resolver fácilmente de acuerdo a las categorías y métodos tradicionales. Hoy cobran cada vez mas peso específico en una sociedad, y en su economía, las llamadas nuevas tecnologías; así la informática ha supuesto que la información y su tratamiento sean un sector fundamental de manera que la dependencia tecnológica en este campo es también económica y política. Esta tecnología dirigida a la captación, tratamiento y almacenamiento de la información, se ha vuelto capital para cualquier país. Pero además, el tráfico jurídico económico de la información y los productos informáticos ha cobrado una gran importancia de manera que los países "punteros" en la investigación y desarrollo de los mismos ocuparan el "primer mundo" del siglo venidero.<sup>2</sup>

Así mismo, es de destacar un fenómeno que la informática aporta y que parte de una idea que procede ya del siglo XIX: la vinculación entre máquina y función ya no es unívoca, es decir, la precedente ligadura de una máquina para cada función se rompe pues el ordenador se convierte en la máquina susceptible de desarrollar múltiples funciones diferentes con solo cambiar la antigua tarjeta perforada. De ahí surge la idea del software como conjunto de instrucciones que programan a la máquina para que desempeñe una tarea o función diferente según el caso. En consecuencia, software y objetivo se van identificando, siendo así que la frustración del fin perseguido puede deberse, más que al fallo de la máquina, a la inadecuada elección del programa que le instruya para realizar la función tendiente a lograrlo.

Por otra parte, tales fenómenos han producido unas consecuencias "nocivas" que el Derecho debe evitar o, cuando menos, sancionar según criterios de justicia. Surge así la necesidad de elaborar nuevas categorías científicas y dogmáticas que den respuesta a estas necesidades pues, aunque no lo parezca, no hay nada más práctico que una sólida construcción teórica. Es preciso disponer de todo un sistema que racionalice y unifique el tratamiento científico de esa diversidad de relaciones jurídicas que la informática viene originando: creación y producción de programas y equipos, prestación de servicios, tráfico jurídico comercial, daños, responsabilidad, delitos informáticos, adquisición, tratamiento y transmisión de información automatizada, etc... forman un cúmulo de cuestiones que no pueden ser resueltas parcial y sectorialmente, sino que

■<sup>2</sup> Vid. Breton: "Historia y crítica de la informática". Trad.V.Villoria, Madrid, 1989.

precisan de un tratamiento unificado. Debe elaborarse una disciplina que conjunte las distintas normas que regulan estos fenómenos desde la unidad de conceptos, criterios, método y fuentes, y esta sería el Derecho Informático en el que se estudia todo el conjunto de principios y normas de carácter jurídico que regulan los distintos supuestos que la relación informática y Derecho origina.

Dentro de esta tarea debe encuadrarse nuestro trabajo que se inicia con una primera parte destinada a fijar el contenido y alcance de los conceptos básicos que se dan cita en el mismo: profesión, daño, responsabilidad, etc... son términos que el jurista conoce y domina, pero, supuesto que no todos nuestros destinatarios lo son, habremos de comenzar por fijar esos presupuestos básicos. Seguidamente, pondremos de manifiesto las líneas fundamentales de las cuestiones más relevantes que la conjunción de responsabilidad e informática plantea. Es decir, la responsabilidad del profesional, independiente o laboral, que presta sus servicios como tal; la del fabricante y comercializador de productos informáticos, sea como consecuencia del incumplimiento de su deber contractual o por una causa ajena al mismo. Finalmente, hemos de atender a la actividad de riesgo que supone el tratamiento automatizado de datos y sus consecuencias a efectos de responsabilidad.

No pretendemos realizar aquí y ahora un "tratado" de la cuestión sino de analizar los supuestos más importantes a partir de las categorías generales del Derecho Civil para aclarar conceptos y suscitar un debate científico y práctico de aquellas cuestiones problemáticas más relevantes, a nuestro juicio, y de aventurar una solución por vía de aplicar unos principios legales, jurisprudenciales y doctrinales que se consideran más adecuados a falta de respuestas normativas específicas.

## **II- CONCEPTOS BÁSICOS:**

Vamos a exponer aquí los conceptos que de una forma sustancial deben quedar fijados a efectos de poder aplicarlos posteriormente a los distintos problemas que surgen dentro de nuestra exposición. No tratamos de acotar ahora en toda su extensión términos tales como responsabilidad objetiva o subjetiva, sea contractual o extracontractual, pues ello supone una tarea muy superior a nuestros objetivos y posibilidades.

Conceptos tales como responsabilidad, objetiva y subjetiva, daños y perjuicios, y otros que aquí utilizamos, han de quedar fijados en su

contenido de la manera más clara posible para poder aplicarlos posteriormente al campo de la informática.

### 1- La Responsabilidad civil en su concepción actual.

Tradicionalmente, se vino ligando la idea de responsabilidad con la de culpa en la medida en que se entendía que sólo se había de responder de aquél daño conscientemente causado y que fuere imputable a un sujeto culpable, ello conformaría la llamada responsabilidad subjetiva o por culpa que se basa en el reproche culpabilístico a una conducta.

Paulatinamente, se ha ido evolucionando hacia una responsabilidad objetiva que hace abstracción de conceptos subjetivos, pues se basa en el resultado y la actividad: toda actividad que genere un riesgo y, por tanto, sea susceptible de producir un daño, debe contar con la consiguiente obligación de responder si éste se produce.

Actualmente, la doctrina más moderna defiende la idea de un único concepto de responsabilidad que se identifica con la idea de tener que cumplir una obligación o de compartir las consecuencias de esa obligación. Son los principios que inspiran una época en la que la tecnología, la contratación en masa, etc... han excedido con mucho los estrechos márgenes legales impuestos por el Código Civil, en razón de ello han de ser la doctrina y la jurisprudencia quienes desarrollen y modifiquen ese moderno Derecho de Daños, tal y como se deduce de la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1943, " precursora " de la tendencia objetivadora en nuestro foro.

El Derecho debe dar respuestas adecuadas a ese ineludible necesidad de seguridad que los ciudadanos demandan y ello ha llevado a consagrar nuevos principios en este campo, a tenor de ello han perdido peso específico elementos tales como la culpa, la causalidad, etc... en aras del principio pro dannato. En razón de ello, se afirma que " ya no hay que reparar porque existió antes una conducta reprobable, sino que hay que reparar a secas; que no se trata tanto de moralizar las conductas de los eventuales autores de los daños, como de asegurar las indemnizaciones a la víctimas...la indemnización adquiere el aspecto de un verdadero imperativo social".

Efectivamente, la solidaridad social impone la necesidad de asegurar la indemnización antes que discernir los fundamentos subjetivos de la misma y ello se debe a que "se ha perdido aquella concepción mágica o teológica de la mano de Dios para ver por todas partes las manos de los hombres. No hay, pues, razón sólida que aconseje la resignación".<sup>3</sup>

Pero es que además cada vez se dan más supuestos en los que concurren conductas de varios sujetos, sin que pueda determinarse con claridad siempre quién fue el responsable directo del daño, en razón de ello se ha consagrado un sistema de solidaridad para tales casos pues no cabe hacer una imputación adecuada. Así el empresario responde por los actos de su trabajador, la Administración por la de sus funcionarios, la sociedad por sus socios, independientemente de que quepa repetir después contra ellos, pues lo prioritario es asegurar la reparación. Por tanto, existen personas por quienes se ha de responder, según el imperativo del artículo 1903 CC y posteriormente cabe repetir contra ellas, conforme al 1904 CC. No se trata tanto de una culpa compartida ("in vigilando - in eligendo") cuanto de la necesidad de que la víctima no soporte sola las consecuencias del daño causado. Es por ello que la jurisprudencia se dirige contra todos los autores posibles: existe una pluralidad de obligaciones, cada una de ellas soportada por un sujeto diferente, pero con objeto idéntico, pues en todas ellas existe una misma obligación.<sup>4</sup>

No obstante, ello no debe llevarnos a consecuencias extremas, pues acentuar el rigor de estos principios llevaría ineludiblemente a que nadie pudiera o quisiera realizar aquellas actividades susceptibles de un riesgo tal que hace desaparecer el benéfico previsible o la motivación para actuar (v.gr. la cirugía cardiovascular, la atención en la UCI, etc...) Para "equilibrar" esta situación se consagra la teoría de la concurrencia de culpas o de causas, pues son supuestos en los que esta obligación de responder mitiga o desaparece al mediar la conducta de la víctima. Se debe resarcir todo evento dañoso en el que no aparezca clara la razón por la cual la víctima deba soportarlo sola.

■<sup>3</sup> Vid. Díez Picazo: "La responsabilidad civil hoy ".ADC 1979

■<sup>4</sup> Vid. Rogel Vide: "La responsabilidad civil extracontractual en Derecho español".Madrid, 1977

Esta situación nos ha llevado a una sociedad de seguros en la medida de todo el que realiza una actividad susceptible de crear un riesgo viene obligado a cubrir esa eventualidad mediante un seguro correspondiente: transporte, uso de automóviles, medicina, etc... son actividades que implican un mayor índice de factores de riesgo, en razón de ello la Ley o el propio sujeto aseguran esa eventualidad y su cobertura merced al oportuno contrato.

Haciendo una simplificación esquemática, podemos decir que para que se pueda hablar de responsabilidad es preciso que concurren tres presupuestos:

A- Un acto u omisión ilícitos: se trata de una conducta voluntaria por parte del sujeto que transgrede el mandato imperativo consagrado por la Ley: no dañar a nadie. Puede consistir en una conducta positiva, llevar a cabo un comportamiento, o bien omitir una actuación debida. No existe en el campo civil un "catálogo" de tipificación de conductas como sucede en el Derecho Penal, sino que se parte de ese tipo ideal de conducta diligente que se espera de un ciudadano medio. Así lo consagra la STS de 11/2/93 cuando afirma que la antijuridicidad no penal se funda en la transgresión del mandato genérico "alterum non laedere", sin que sea precisa la infracción de una norma jurídica concreta.

No obstante, el Derecho consagra determinadas circunstancias en las cuales se elimina el presupuesto de antijuridicidad que eximen al autor del acto: la legítima defensa, el estado de necesidad y el ejercicio del propio derecho, cuando este no se haga de una forma abusiva.

B- El daño: supone una pérdida o lesión que sufre un sujeto como consecuencia de el acto lesivo. Como veremos posteriormente, consiste en un menoscabo de diversa índole que afecta a bienes personales o patrimoniales del sujeto.

C- El nexo causal: entre el daño y la acción debe haber un vínculo de causalidad en la medida en que esta ha sido la causa que origina la lesión o menoscabo. A veces hay varias causas que concurren a la producción del daño y en otros casos hay que discernir cual de ellas es la que lo ha ocasionado. En este tema existen dos posiciones: una teoría de la "equivalencia" según la cual se considera causa del daño toda acción que contribuye al resultado lesivo de suerte que, sin ella, no se habría producido. La teoría de "causalidad adecuada" defiende que el vínculo entre ambos ha de ser suficiente y adecuado de manera que la causa sea apta para

producir aquél daño que se le atribuye. Como dice la STS de 23/9/91 el resultado ha de ser una consecuencia natural, adecuada y suficiente de la acción.

Esta doctrina de la causalidad adecuada o eficiente es la que aplica nuestra jurisprudencia, tal y como nos recuerdan las sentencias del Tribunal Supremo de 30/12/95 y 3/5/97, pero, como dice esta última, " siempre termina afirmando que opta decididamente por soluciones y criterios que le permitan valorar en cada caso si el acto antecedente que se presenta como causa tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto dañoso producido y que la determinación del nexo causal debe inspirarse en la valoración de las condiciones o circunstancias que el buen sentido señale en cada caso como índice de responsabilidad, dentro del infinito encadenamiento de causas y efectos, con abstracción de todo exclusivismo doctrinal, pues, como se viene repitiendo con reiteración, si bien el art. 1902 descansa en un principio básico culpabilista, no es permitido desconocer que la diligencia requerida comprende no sólo las prevenciones y cuidados reglamentarios, sino además todos los que la prudencia imponga para prevenir el evento dañoso, con inversión de la carga de la prueba y presunción de conducta culposa en el agente, así como la aplicación, dentro de unas prudentes pautas, de la responsabilidad basada en el riesgo, aunque sin erigirla en fundamento único de la obligación de resarcir". Con ello se pone de manifiesto esa línea objetivadora de la responsabilidad que trasciende el mero fundamento culpabilista, pero sin llegar al extremo de dotarla de una "rigidez" que pudiera llevar a consecuencias injustas. La clave, pues, no está solamente en la conducta típica definida por el "standard jurídico" de la diligencia debida, tal y como nos recuerda la sentencia antes citada cuando afirma: "... todo lo cual permite entender que para responsabilizar una conducta, no sólo ha de atenderse a esa diligencia exigible según las circunstancias personales, de tiempo y lugar, sino, además, al sector del tráfico o entorno físico y social donde se proyecta la conducta para determinar si el agente obró con el cuidado, atención y perseverancia apropiados y con la reflexión necesaria para evadir el perjuicio".

Por tanto, quiere decir el Supremo que cuando consta la conducta omisiva del sujeto, unida a la inversión de la carga de la prueba. a la presunción de culpabilidad y a la teoría del riesgo, surge la obligación reparadora.

Este nexo se "rompe" cuando interviene un elemento externo que puede ser el caso fortuito o fuerza mayor, entendidos como eventos imprevisibles o inevitables no imputables al sujeto, la acción de un tercero y la

conducta del propio perjudicado, si bien estas dos últimas han de ser valoradas para conocer cual es su grado participación en el evento dañoso.<sup>5</sup>

D- La culpa: supone una mayor o menor consciencia de inobservancia del deber de actuar con la diligencia exigible adecuada al caso. Se habla de dolo cuando el sujeto prevé la posibilidad de producir el daño y tiene intención de causarlo. Hay culpa cuando se omite la diligencia debida y se produce un daño no querido pero previsible.

Toda vez que concurren estos elementos surge la obligación de reparar el daño ya sea específicamente, la misma cosa o bien dañado, o por su valor económico; tal y como afirma la STS de 6/5/97 la indemnización debe tender a restaurar el estado anterior al evento dañoso, comprendiendo las reparaciones y las pérdidas de ingresos, si bien estos límites pueden "infringirse" en ciertos casos (v.gr. razones de urgencia SAP Málaga, Sec. 6ª, de 30/12/96). Para ello se atiende al acuerdo de las partes o al criterio de los Tribunales, pero sin entrar a valorar el grado de culpabilidad del sujeto, pues hoy se ha producido la objetivación de este fenómeno.

Veamos a continuación, siquiera brevemente, los tipos de responsabilidad civil que serían aplicables al objeto de nuestro estudio.

## **2- Responsabilidad civil contractual y extracontractual.**

Tradicionalmente se ha venido distinguiendo entre débito y responsabilidad entendido aquél como el deber de cumplir la prestación convenida por el contrato y ésta como la obligación de resarcir las consecuencias del incumplimiento soportando el deudor ese poder de agresión conferido al acreedor para obtener el resarcimiento. Por ello algunos autores plantean el hecho de que fuera del contrato no hay responsabilidad, sino un deber jurídico de resarcir sancionado por la Ley para cada caso. Para ellos la responsabilidad contractual es un medio de garantía para el acreedor que funciona después del incumplimiento contractual, mientras que el acto ilícito produce el deber de reparar el daño por imperativo legal y, por tanto, sería una obligación legal. No

■<sup>5</sup> Vid. Díaz de Lezcano, I.: " El caso fortuito y la fuerza mayor en el Código civil". S. Cruz de Tenerife, 1990

obstante, la doctrina actual ha elaborado una categoría intermedia que sería la conducta social típica que basándose en el contrato entronca con la obligación legal y que se deduce de algunos preceptos del Código Civil como luego veremos.

A tal efecto, hemos de tener en cuenta que la realidad social de nuestros días, merced a la evolución tecnológica, presenta multitud de supuestos no incardinables fácilmente en las dos categorías arriba enunciadas. Así nos lo recuerda la SAP Granada, Sec. 3ª, de 11/3/97 cuando afirma que "la temática reparadora de este litigio no se puede incardinar en uno solo de los dos clásicos campos de la culpa - contractual y extracontractual - entendidos como contrapuestos, sino que el fenómeno es más complejo y al igual que ocurre en el acontecer cotidiano de la vida presente, donde el devenir fáctico se anticipa a toda regulación jurídica, de ahí que un principio básico en nuestro ordenamiento es la interpretación de las normas conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas - art. 3.1 C.C. - es incuestionable que el Juzgador ante el dato objetivo del perjuicio sufrido, tenga que admitir la intercambiabilidad de los principios que inspiran la culpa y sin llegar a una objetivación de la responsabilidad en el orden civil, los conceptos de solidaridad, inversión de la carga de la prueba, adopción de las más mínimas precauciones, riesgo creado, etc... sean comunes a la culpa contractual y extracontractual, al igual que la regulación derivada de los artículos 1103, 1104, 1106 y 1107 del Código no sea de exclusiva aplicabilidad a la culpa convencional, sino que abarca a las obligaciones que nacen en acto ilícito.... pues la parca regulación del Código civil impone integrar las lagunas existentes mediante la aplicación analógica de los preceptos relativos a las obligaciones en general, dado que, aún existiendo indiscutibles y claras diferencias entre la responsabilidad contractual y extracontractual, no pueden negarse también las grandes semejanzas que posibilitan esa aplicación analógica que ciertamente evitará, en el caso del art.1103, resultados contrarios a la equidad ".(Cfr. STS 20/6/89)

#### **A - La responsabilidad contractual:**

Lo cierto es que, como dice DE ANGEL, ésta surge cuando se incumple el deber de conducta impuesto por el contrato, pero para valorar ese incumplimiento no sólo cabe atenerse a las cláusulas expresas del convenio, sino a todo aquello que, según su naturaleza, a tenor del artículo 1258 CC sean consecuencias derivadas del mismo merced a la buena fe, el uso y la Ley. Esa buena fe no implica sólo honradez y rectitud, sino también crédito, confianza, fidelidad y lealtad en cuanto actitudes exigibles a las partes a la hora de la

ejecución del contrato. Ello quiere decir que ambos han de colaborar cumpliendo todas aquellas obligaciones que sean precisas para lograr el cumplimiento adecuado y satisfactorio del contrato y sus fines.(STS 9/12/63)<sup>6</sup>

Aquí la buena fe actúa como un modulo objetivo que sirve para amortiguar el rigor de las normas, incluido el "ordenamiento contractual", indicar a las partes la conducta que han de observar y servir de límite para evitar un ejercicio abusivo del propio derecho y la utilización del dolo.(STS 8/4/88) Por ello la jurisprudencia sostiene que incide especialmente en el modo de obrar en la ejecución y cumplimiento del contrato, dando a éste cumplida efectividad para lograr los fines propuestos, " por lo que deben estimarse comprendidas en las estipulaciones contractuales aquellas obligaciones que constituyan su lógico y necesario cumplimiento".(STS 9/12/63)

Como afirma la SAP de Valencia, Sec. 8ª, de 10/5/97 " en el cumplimiento de los contratos ha de emplearse la diligencia exigible ordinariamente, aún sin pacto al respecto", pues el artículo 1258 C.c. así lo impone por ser consecuencias que, conforme a la naturaleza del contrato, se derivan de la buena fe, el uso y la Ley.

La SAP de Palencia de 17/5/97 define la negligencia contractual como aquella derivada del artículo 1104 del Código civil en los siguientes términos:" debe ser entendida la actitud culposa en la realización de un contrato... como aquella acción u omisión realizada de forma voluntaria, libre y sin malicia por una de las partes contratantes, de la que se deriva daño o lesión a otra parte contratante, teniendo la característica la acción u omisión de que pudo ser evitada".

En aplicación de esta doctrina la STS de 15/7/85 mantiene que se atenta contra la buena fe y se incumple el contrato cuando no se entrega en el edificio construido la instalación de ascensores, que son instrumentos necesarios para el uso y disfrute de los pisos comprados aunque en las escrituras no se aluda al ascensor, pero todos los datos concomitantes acreditan que estaba prevista su construcción, así como en la propia construcción hecha , dotada de hueco para tal aparato elevador," por lo que su instalación no es consecuencia del contrato sino

■<sup>6</sup> Vid.:" La Responsabilidad Civil". Deusto, 1989

contenido del mismo". De esto se deduce que el contratante que cumple su prestación (por ejemplo, paga el precio) ha de recibir todos aquellos elementos accesorios al principal que adquiere para poder lograr el fin propuesto en su adquisición cuando este venga previsto en el contrato. Cuando se adquiera el equipo informático para su aplicación a fin determinado y acordado por las partes, el comprador debe recibir todo aquello que sea preciso para que ese equipo despliegue la aplicación necesaria para ello. Tal sería el caso de la empresa que requiere al proveedor los aparatos y programas necesarios para informatizar la contabilidad y gestión de su actividad.

Esto quiere decir que la buena fe no sólo está referida a un modo de ser o estar en el seno de las relaciones jurídicas, sino que es además un módulo objetivo de valoración de conductas y un medio de integración del contrato en la medida en que incorporan al mismo estipulaciones no previstas expresamente, pero que se han de considerar integrantes de este según los parámetros establecidos por el artículo 1258 CC. En este sentido, dice GETE ALONSO que en el contrato sobre bienes informáticos el proveedor tiene que cumplir unos deberes que no se agotan con la entrega sino que además tiene el deber de consejo e información. La información implica el poner en conocimiento de la otra parte la naturaleza y características del bien, su adaptabilidad, posibles fallos y carencias, errores, alcance, riesgos, así como precauciones a adoptar y actividades a desarrollar.<sup>7</sup>

El consejo conlleva una ayuda partiendo del análisis de las posibilidades y necesidades del cliente para determinar cuáles son los equipos y medios más adecuados, incluso cuando el cliente pretenda un equipo inadecuado debe ser aconsejado, salvo que le acompañe un especialista o auditor en informática que le haya trazado un plan específico de informatización. Obviar este deber, o utilizar una publicidad engañosa que exagera propiedades, atribuye funciones que no posee, u oculta fallos o carencias del producto, sería incumplir el contrato por aplicación del artículo 1598 CC pues se trata de responsabilidad contractual, no extracontractual, y del artículo 8.1 de la Ley 26/84 de Consumidores y Usuarios que dispone:

■<sup>7</sup>Vid. "La contratación en materia informática". La Ley, 1992

" 1. La oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios, se ajustarán a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad. Su contenido, las prestaciones propias de cada producto o servicio, y las condiciones y garantías ofrecidas, serán exigibles por los consumidores o usuarios, aún cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, éstas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad.

3. La oferta, promoción y publicidad falsa o engañosa de productos, actividades o servicios, será perseguida y sancionada como fraude..."<sup>8</sup>

En base a este precepto afirma la SAP de Toledo, Sec.1ª, de 3/10/94, que en determinados casos los documentos publicitarios vinculan a quien los utiliza como medio de instrumentalizar la oferta del producto. En este caso la Sala deduce el incumplimiento de contrato de compraventa de un bien inmueble, pues la venta se realizó sobre plano, por medio de un documento privado en el que se describían las condiciones del inmueble y mediante el suministro a la compradora de ciertos documentos precontractuales en los que se indicaban las calidades de los materiales que se habían de emplear en la construcción. Pues bien, según afirma la sentencia citada "esos documentos, de los que normalmente se valen las empresas inmobiliarias para hacer publicidad de las viviendas que construyen y de este modo atraer posibles compradores, vinculan contractualmente a aquellas, en el sentido de que el comprador de la vivienda está legalmente facultado para exigir de la inmobiliaria que la vivienda se adecue fielmente a las condiciones, características y prestaciones ofertadas en la publicidad".

El respaldo legal se encuentra en el precepto antes citado y en el hecho de que el otro contratante entra dentro del concepto amplio de consumidor

■<sup>8</sup> Estas conductas entrarían en los supuestos de publicidad ilícita que se recogen en los artículos 3 y siguientes, en concreto la engañosa de los art.4 y 5, de la Ley 34/1988 de 11 de noviembre, General de Publicidad.

del artículo 1.2 de la precitada Ley.<sup>9</sup> En consecuencia, si el producto o servicio no alcanza las calidades ofertadas en la publicidad (prestaciones, utilidad o finalidad, contenido, características, condiciones y garantías) se entiende que hay incumplimiento esencial y acarrea la estimación de la pretensión resolutoria ejercitada por la otra parte. A tal efecto, debemos recordar que el Tribunal Supremo ha dejado muy claro que la resolución del contrato sinalagmático por incumplimiento tiende a cancelar desde un principio los efectos de lo convenido, colocando a los intervinientes en la misma situación en que se hallarían si el pacto no se hubiera celebrado, efecto que opera ex tunc y que conlleva la obligación de restituir por cada parte lo que haya recibido de la otra por razón del vínculo obligacional; todo ello sin perjuicio de los terceros de buena fe.

En esta misma línea, pero con una base argumental más amplia, se pronuncia la STS 1ª de 8/11/1996 pues, en un caso similar, afirma que " bien por la vinculación a la oferta, ya por la Ley General de Protección de Consumidores y Usuarios, sea por los artículos generales sobre obligaciones y contratos.... no se podía prescindir de los treinta y cinco folletos de propaganda aportados a los autos.... ya que se trata de documentos que contienen actividad publicitaria, con intención de atraer a los clientes constituyendo una clara oferta, de forma que al no entenderlo así se infringen los artículos 57 del C. de comercio, el principio de buena fe y el artículo 1283 del C.civil debiendo tal publicidad integrar los contratos, pues para que no fuese así tenía que excluirse expresamente de los mismos el contenido de los folletos, sin que para tal consideración fuere necesario apreciar engaño o fraude, extremos que no requiere el artículo 8 de la Ley de Consumidores ". (Cfr. STS 21/11/63; 16/10/67; 28/11/85 y 24/2/88 y 22/7/94, entre otras).

Y como nos recuerda la SAP de Toledo " pero además de la restitución de las prestaciones objeto del contrato, el artículo 1124 C.c. reconoce a la parte que insta la resolución la posibilidad de solicitar la indemnización de los daños y perjuicios que se le han ocasionado como consecuencia del

■<sup>9</sup> No obstante, para la compraventa y arrendamiento de viviendas hemos de reseñar el artículo 3.2 del R.D. 515/1989 de 21 de abril, sobre protección de consumidores en cuanto a la información a suministrar en dichos casos, que sanciona expresamente el carácter vinculante de los contenidos de los documentos de oferta, promoción o publicidad que " serán exigibles aún cuando no figuren **expresamente** en el contrato celebrado".

incumplimiento de la contraparte", así como los gastos en que incurriera con ocasión de la celebración del contrato, en palabras de la sentencia, " todos los gastos que tengan su causa determinante y directa en la realización de la compraventa, o sea los gastos que la compradora no hubiera realizado de no haber adquirido la vivienda".

La gravedad de las consecuencias de ese incumplimiento es tal que la parte que oferta el bien o servicio informático ha de fijar con mucha claridad los extremos de "calidad" arriba indicados. Para que lo sea así el usuario tiene el deber de colaborar poniendo a la otra parte en pleno conocimiento de sus posibilidades, circunstancias y necesidades así como de los objetivos y fines que persigue con el producto o servicio. Esta es la base imprescindible para que la otra parte pueda informarle y aconsejarle adecuadamente sobre cual es el producto o servicio que le interesa. Además de conocer previamente la realidad de estos datos apuntados, el usuario debe adquirir los conocimientos o el personal competente y cualificado para poder utilizar de forma adecuada el producto objeto del contrato. La otra parte no puede responder por una mala utilización producto fruto del desconocimiento, el descuido o el uso inadecuado; en definitiva, el incumplimiento de la diligencia exigible a esta parte.

El cumplimiento de tales deberes es imprescindible por cuanto es la base para determinar adecuadamente el objeto del contrato es decir, el tipo de bien o servicio de que se trata, sean piezas sueltas, equipos completos, programas, sistemas, aplicaciones o cualquier otra prestación principal o accesorio, pues sólo así podrá fijarse exactamente cuales el objeto sobre el que las partes han contratado y los fines y objetivos que está en condiciones de alcanzar. Ha de tenerse muy presente que en los contratos sobre bienes informáticos, éstos pueden ser un objeto aislado o una diversidad unificada: unidad central, monitores, módem, teclado, impresoras, scanners, tarjetas, placas, programas, etc... forman un conjunto diversificado que se integra en un "equipo" suma de todos ellos. Por tanto, la determinación del objeto posee en este campo una especial relevancia dada la multiplicidad de elementos aislados cuya suma puede ser por si misma susceptible de considerarse como un objeto unificador. Son por ello deberes de colaboración mutua que corren en interés de ambas partes y cuya infracción es causa de una responsabilidad contractual ex artículo 1258 CC, como antes dijimos.

Así mismo, la aplicación del artículo 1258 CC en este campo supone la exclusión de aquellas cláusulas o exigencias contractuales que sean

inadmisibles por dolosas, abusivas o contrarias a la equidad contractual que la buena fe defiende. Tal sería el caso de una cláusula contractual que pretenda excluir la responsabilidad de una de las partes en cuanto a un daño o incumplimiento que le sea imputable, ya sea por la Ley o bien porque forma parte connatural del contrato que le vincula.<sup>10</sup>

Téngase en cuenta que cuando hablamos de responsabilidad nos referimos también al saneamiento, a la evicción y a la garantía pues todos ellos son términos utilizados por el Código para hacer referencia a la obligación de las partes de responder por su cumplimiento en una relación contractual.<sup>11</sup>

Una cláusula limitativa de responsabilidad no es sólo aquella que reduce o anula el ámbito de eventos o supuestos en que una parte a de responder, sino aquellas otras que implican reducir plazos de reclamación, excluir supuestos que de ordinario han de cubrirse o reducen el alcance de la reparación del daño injustificadamente.

Las cláusulas limitativas de la responsabilidad han sido definidas por GARCÍA AMIGO como aquellos "pactos insertos en un contrato mediante los cuales el acreedor y el deudor se ponen de acuerdo para establecer preventivamente y en virtud del principio de autonomía de la voluntad una limitación cualquiera de la responsabilidad de la que la ley dispositiva atribuye al deudor por el incumplimiento imputable de sus obligaciones contractuales".<sup>12</sup> Se trata así de pactos insertos previamente en el propio contrato mediante los cuales las partes de común acuerdo deciden excluir los supuestos de responsabilidad de una de ellas que vienen establecidos por una norma dispositiva, por lo que

■<sup>10</sup> Sobre la aplicación del artículo 1258 C.c. como elemento integrador y límite del contenido de los contratos, véase Alfaro Aguila-Real, J.: "Las condiciones generales de la contratación". Madrid, Cívitas, 1991, páginas 374 ss y 442 ss.

■<sup>11</sup> Vid. García Amigo, M.: "Lecciones de Derecho Civil II: Teoría General de las Obligaciones y Contratos". Madrid, MacGraw Hill, 1995.

■<sup>12</sup> Vid. "Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual". Madrid, 1965 y "El contrato en la perspectiva comunitaria". En Revista Actualidad Civil, 1992 y su obra general: "Lecciones de Derecho Civil II. Teoría General de las Obligaciones y los Contratos". McGraw-Hill; Madrid, 1995, página 206 y siguientes.

cuando esa cláusula excluya o limite la responsabilidad en un caso de incumplimiento cuya cobertura viene ordenada por Ley imperativa, esa cláusula ha de entenderse como nula por abusiva, ya que excluye cumplir una obligación legalmente sancionada o implica una renuncia nula ex art.2.3 de la Ley de Consumidores y, en todo caso, es contraria a la naturaleza o equilibrio del contrato que la buena fe como exigencia imperativa del artículo 1258 C.c. consagra y que se plasma en el concepto de cláusula abusiva del artículo 10.1.3º de la Ley de Consumidores:

" .... entendiendo por tales las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios ".

Esta "preocupación" por el equilibrio contractual no es nueva, pues se encontraba ya en el Código civil como principio inspirador de diversos preceptos del mismo tales como el 1091, 1255, 1256,1258 y 1269, entre otros, pues como afirmaba el Tribunal Supremo en la sentencia de 23/11/1962, se ha de tener en cuenta cualquier evento que afecte " al elemento de justicia objetivo implícito en la exigencia de causa en los contratos y a la equivalencia de las prestaciones ".(Cfr. STS 17/1/86; 21/10/86;21/10/90 y 31/10/92, entre otras)<sup>13</sup>

A nuestro entender esta cuestión cobró nueva vitalidad merced a la influencia directa de la Constitución de 1978 sobre el Derecho civil y, en concreto, sobre las materias relativas a la teoría general del contrato y la responsabilidad civil. Si partimos del análisis del artículo 14 CE que consagra el principio/derecho a la igualdad y lo conectamos con el artículo 9.2 del mismo Texto según el cual " corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social ".

■<sup>13</sup> Vid. Fernández Rodríguez, A.: " Grandes directrices y principios informadores del Código civil. Estimación conjunta". En: " El centenario del Código civil en el Tribunal Supremo". Mº de Justicia, Madrid, 1989, pág.49 y siguientes.

Como afirma SUAREZ PERTIERRA este precepto pretende del Estado una actitud específica para la correcta realización de la libertad y la igualdad, de tal suerte que ese Estado se convierte en social en la medida en que dota a la igualdad de un contenido de redistribución y de compensación para enriquecer los derechos de los menos dotados y se limitan los de aquellos que poseen una superioridad social o económica para compensar las discriminaciones reales que proceden del modelo social imperante.<sup>14</sup>

Con ello se convierte aquél principio formalista de la igualdad del Antiguo Régimen en un factor transformador de la sociedad, de suerte que en palabras de SANCHEZ AGESTA el principio de igualdad jurídica convierte en " principio de desigualdad jurídica que protege a la parte natural o socialmente más débil " , y ello porque no se puede tratar igual a los desiguales.<sup>15</sup> Esto supone aplicar este principio/mandato constitucional a los diversos ordenes de la vida social, pues no se trata simplemente de una igualdad formal ante la Ley, sino de una efectiva igualdad entre los ciudadanos en el seno de las relaciones sociales. Es por ello por lo que no se puede admitir la existencia de una ética para las relaciones regida por el Derecho público, distinta substancialmente a la que ha de regir en el campo de las relaciones sometidas al derecho privado, máxime cuando la frontera entre ambos tiende a difuminarse, no sólo en el Derecho de familia, sino en ámbitos tradicionalmente reservados a la autonomía privada como derechos reales y obligaciones y contratos.<sup>16</sup>

Todo lo que antecede ha de ser puesto en conexión con el artículo 149.1-8 que confiere al Estado la competencia exclusiva " en todo caso " sobre las reglas relativas a las bases de las obligaciones contractuales y con el principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de nuestra Carta Magna, pues el Derecho civil patrimonial ha de conectarse ahora con los principios y valores constitucionales, tal y como afirma PERLINGIERI:

■<sup>14</sup> Vid. " Comentarios a las Leyes Políticas: Constitución Española de 1978". Dir. O. Alzaga, EDERSA, Madrid, 1985, Tomo II.

■<sup>15</sup> Citado por Suárez Pertierra en op. cit. pág.291

■<sup>16</sup> Sobre las relaciones entre Constitución y Derecho civil véase Arce y Florez-Valdés, J." El Derecho civil constitucional". Cívitas, Madrid, 1986

" Las cláusulas generales que caracterizan la conducta del deudor y del acreedor en su relación de cooperación, y sobre todo los principios de la buena fe y de la diligencia en el cumplimiento de la obligación, no pueden ya ser dotados de contenido a la luz de una concepción meramente productivista de las relaciones intersubjetivas patrimoniales, sino que deben asumir, en la elaboración jurisprudencial y doctrinal, contenidos diferentes, más adecuados a los valores fundamentales del ordenamiento".<sup>17</sup>

BERCOVITZ mantiene que tales bases se encuentran o inducen a partir del propio Código civil, Libro IV, Títulos 1º y 2º, y demás normas conexas como aquellas que regulan tipos concretos de contratos o aspectos determinados de la contratación.<sup>18</sup> La STC 71/82 de 30 de noviembre sostuvo que tales bases se relacionan con las exigencias de la unidad de mercado y abarcan cuestiones capitales como el régimen general de la responsabilidad civil, las limitaciones a la autonomía privada, la regulación general de las condiciones generales de la contratación y de las cláusulas abusivas y su sanción y la unidad del mercado nacional.<sup>19</sup>

Estas bases, merced a su papel vertebrador de tan importante sector de la vida económica y social, han de estar necesariamente imbuidas de los principios constitucionales y, en concreto, del principio/mandato de igualdad como exigencia impuesta por vía de la seguridad jurídica, que a la vez que sirve de criterio/valor para determinar el control de "calidad" de una norma e, incluso,

■<sup>17</sup> Vid. " Por un Derecho civil constitucional español". ADC, 1983, pág.5. Sobre la seguridad jurídica véase Mezquita del Cacho, J.L.: " Seguridad Jurídica y sistema cautelar" Barcelona, Bosch, 1989.

■<sup>18</sup> Vid. " Las Bases de las obligaciones contractuales en el artículo 149.1.8ª de la Constitución". En: " Competencia en materia civil de las Comunidades Autónomas ". Coord. B. Moreno Quesada. Técnos, Granada, 1989

■<sup>19</sup> Sobre esta sentencia véase Bercovitz y Rodríguez Cano, R.: " La defensa contractual del consumidor y el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la doctrina del Tribunal Constitucional ". En: " Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores ". Técnos, Madrid, 1987. Sobre el diseño constitucional de sistema de economía social de mercado y sus repercusiones en el moderno Derecho de contratos véase Santos Briz, J.: " Los contratos civiles. Nuevas perspectivas". Granada, Comares, 1992

de una estipulación contractual que funciona como " ley entre partes". Esta exigencia se acentúa en los casos en que dicha estipulación forma parte de un contrato de adhesión normado, razón por la cual la legislación sobre esta materia impone unos controles previos y un principio de "desequilibrio equitativo" cual es el "contra estipulatore" del artículo 10.2 de la Ley de Consumidores " las dudas en la interpretación se resolverán en contra de quien las haya redactado ". Incluso se impone una norma " de cierre" que asegura el equilibrio, pues el artículo 10.4 de esta Ley establece la ineficacia del contrato cuando las cláusulas subsistentes del mismo " determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes en la relación contractual ".<sup>20</sup> Es por ello que la aplicación de los principios constitucionales a este campo se materializa por medio de nuevas normas o mediante la utilización de aquellos principios como criterios interpretativos e integradores y ello porque, como afirma DIEZ PICAZO " la defensa de la equidad contractual y de la corrección en la ejecución de los contratos masificados, es claro.... que no puede resolverse con los esquemas e instrumentos jurídicos tradicionales".<sup>21</sup>

Todo lo anterior se proyecta en nuestro ordenamiento en supuestos como el del precitado RD 515/1989 de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, pues su Disposición adicional segunda declara su aplicación supletoria respecto de las Comunidades Autónomas que estatutariamente hayan asumido la competencia plena sobre la defensa de los consumidores y usuarios, " excepto los artículos 3.2 y 10 que tendrán vigencia en todo el Estado , en virtud de lo dispuesto en la regla 8ª del artículo 149.1 de la Constitución Española ". Tales preceptos consagran el carácter vinculante de la publicidad, ofertas y promociones, ya comentado, y la aplicación imperativa de los principios de buena fe y justo equilibrio de las prestaciones que prohíben la inclusión de cláusulas abusivas, en sus diversas vertientes.

■<sup>20</sup> Así Arce y Florez-Valdés, siguiendo a Larenz, entiende que tales bases procriben los **contratos leoninos** " cuyas condiciones someten a una de las partes a una completa dependencia de la otra". Vid. op. cit. página 77.

■<sup>21</sup> Vid. " Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho privado. ( Dos esbozos)". Civitas, Madrid, 1979

Esta necesidad de "reequilibrar" las relaciones de intercambio económico de bienes y servicios se ha hecho más patente con el fenómeno de la contratación en masa, dado que en este caso se trata de estipulaciones de carácter general redactadas previa y unilateralmente por la Empresa y cuya aplicación no puede evitar el consumidor si quiere obtener el bien o servicio. Su proliferación ha sido tal que se ha llegado incluso a discutir su naturaleza normativa, tal y como reflejaba DE CASTRO.<sup>22</sup>

Esta protección del equilibrio contractual que impone la buena fe y que se ha convertido en uno de los principios capitales del sistema jurídico-privado, ha adquirido una dimensión extranacional como lo demuestra la política de la Unión Europea en esta materia. Para ello se consagran los principios antes enunciados que inspiran a la Directiva 93/13 CEE de 5 de Abril sobre cláusulas abusivas que se incluyen en contratos entre consumidores, ("persona física que actúa en tales contratos con un propósito ajeno a su actividad profesional") y el profesional, (" persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada"). En razón de ello su artículo 3º dispone: " Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se consideraran abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato". Esta concepción sintoniza con la recogida en el artículo 10.1-C.3º de la ya citada Ley 26/84 de Consumidores que proscribía las cláusulas abusivas entendiendo por tales " las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios ".

Como puede verse, la norma entra directamente en el eje del problema: la contratación por adhesión en la cual una de las partes sólo puede manifestar su voluntad de adherirse un contenido clausular previsto por la otra parte; es decir, son contratos exentos de negociación que suelen imponer un contenido predeterminado por el proponente, parte fuerte del contrato. Por ello si la cláusula ha sido previamente redactada y el consumidor no ha podido influir en

■<sup>22</sup> Cfr. " Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes". Cívitas, Madrid, 1985

su contenido, se considera no negociada. Aunque haya existido una negociación parcial, se considera contrato de adhesión si de la apreciación global se deduce la necesidad de aplicar la Directiva.<sup>23</sup> El profesional que afirme que tal cláusula se ha negociado individualmente, ha de probarlo.

En el artículo 4 se establecen los criterios para apreciar el carácter abusivo de una cláusula: se tiene en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato de que dependa. Esto implica puede ser abusivo el contrato o cláusula de un contrato dependiente: por ejemplo el contrato accesorio de garantía o mantenimiento informático en el que se pueden fijar condiciones que desvirtúen o anulen de facto lo establecido en el contrato principal. Las cláusulas han de estar redactadas de forma clara y comprensible, pues si hay duda se interpreta en favor del consumidor; si ello es posible se anula la cláusula abusiva y se mantiene la validez del resto del contrato. Finalmente, es de destacar que el consumidor no debe verse privado de sus derechos por el hecho de haberse elegido el Derecho de un Estado tercero como aplicable al contrato "cuando el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad".

En este punto es interesante la STS del 20/11/96 que analiza el diferente criterio del artículo 3 de la Directiva y el 10.2 de la Ley 26/84 pues en aquél basta que el consumidor no haya podido influir sobre el contenido de las cláusulas redactadas previamente, concepto "amplísimo" de cláusula abusiva, que " convierte en realidad a todo contrato de adhesión en particular receptor de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas, como así viene a reconocerlo el apartado 2 del citado artículo 3". En cambio, continua la sentencia " el artículo 10.2 de nuestra Ley 26/84 requiere que la aplicación - de la cláusula abusiva - no la pueda evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o

■<sup>23</sup> El artículo 10.2 de la Ley de Consumidores entiende por cláusulas o condiciones generales " el conjunto de las redactadas previa y unilateralmente por una Empresa o grupo de Empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquélla o éste celebren, y cuya aplicación no puede evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera tener el bien o servicio de que se trate ". No obstante, conviene recordar la afirmación del Tribunal Supremo de que " la contratación por adhesión no es, por si misma, una fuente automática de nulidades". (Cfr. STS 29/6/95)

servicio de que se trate. No es suficiente, pues, que el consumidor o usuario no haya podido influir sobre el contenido de la cláusula, se le exige que no haya podido eludir su aplicación, en otras palabras, no una actitud meramente pasiva. La LGDCU se muestra sí más restrictiva, no basta que existan cláusulas prerredactadas unilateralmente, y cualquiera que fuese la opinión que se tenga sobre el acierto o desacierto del legislador, no hay duda de que esta Sala sólo se encuentra vinculada al precepto legal, y ha de aplicarlo en su integridad ".

Es interesante constatar esta diferencia de criterio entre nuestra Ley y la Directiva que aún no ha sido incorporada a nuestro Ordenamiento interno, pero como la misma dispone en su artículo 10 que se procederá a su aplicación a los contratos celebrados a partir del 31/12/1994 aunque no se haya dictado la Ley de incorporación correspondiente, tarea que actualmente se realiza por nuestro legislador. A tal efecto, es conveniente recordar la ya citada STS de 20/11/96 según la cual " ciertamente la Directiva 93/13 ha de servir de guía para la interpretación de los Derechos nacionales vigentes tanto anteriores como posteriores para alcanzar el resultado a que se refiere cuando no se haya adaptado el Derecho interno a la misma, pero sin que sea aplicable directamente en cuanto confiere derechos a los particulares respecto de otros. Así lo dice el Tribunal de Justicia de la C.E. en la sentencia de 14 de julio de 1994 ".

El anteproyecto de ley sobre condiciones generales de la contratación, que incorpora la Directiva 13/93 CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, ya comentada, introduce nuevos matices en esta cuestión. En su artículo 5 asiente un "criterio negativo" de integración del contenido del contrato en la medida en que, más que declarar la nulidad, se establece una tipología de cláusulas que se consideran no incorporadas al contrato. Tales condiciones generales son:

- Aquellas que no haya tenido oportunidad el adherente de tomar conocimiento real al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas cuando sea necesario en los términos que establece el artículo 4 del mismo texto. Según este precepto las condiciones generales deben ser aceptadas y firmadas por las partes, estando redactadas conforme a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. En todo caso, el predisponente debe informar al adherente de su existencia facilitándole el acceso a su conocimiento mediante un ejemplar de las mismas o publicitándolas debidamente.

- Las que resulten "insólitas" de acuerdo con las circunstancias y la naturaleza del contrato y, por tanto, el adherente no hubiera podido contar razonablemente con su existencia.

La no incorporación y la declaración de nulidad de la cláusula no determinan la ineficacia total del contrato, sino que aquella parte del contrato afectada por tal "laguna" se integra con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1258 C.c., según establece el artículo 9 del mismo anteproyecto.

En su disposición final primera introduce una serie de modificaciones el texto de la ley 26/1984 LGDCU y, de entre ellas, destacamos, en lo que a nosotros nos interesa, la cuarta por la que se añade un nuevo artículo 10.bis que viene a fijar el criterio antes apuntado para conceptualizar una cláusula como abusiva. A su tenor:

" Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa. Tal apreciación no se referirá a la materia objeto del contrato ni a su adecuación con el precio pactado, siempre que las cláusulas que lo definen se redacten de manera clara y comprensible".

En consecuencia, nuestro legislador parece optar por un criterio más amplio a la hora de determinar si la cláusula es injusta: la falta de un proceso previo de negociación individualizada que posibilite una oposición razonable y el consecuente desequilibrio relevante de las prestaciones.

No obstante, nuestra jurisprudencia ha venido aplicando el espíritu de este criterio, tal y como lo demuestra la STS de 13/11/92 cuando sostiene que aunque el contrato tenga fuerza de ley entre las partes (art.1091CC) cuando una cláusula de ese "ordenamiento contractual" infringe una lesión a un bien o valor protegido por la seguridad jurídica, se despliega el efecto negativo de esta que deroga aquella cláusula introducida por la autonomía de la voluntad pues la

legalidad es el medio de control del contenido de los convenios entre particulares para evitar que atenten contra los principios y valores inherentes a la seguridad jurídica. Y uno de estos valores es la igualdad de las partes en el seno de las relaciones jurídico-privadas cuya defensa se hace más precisa en aquellos campos donde la actuación de entidades con poderes económicos y de control de mercado superiores a los del particular que contrata con ellas da origen a prácticas prepotentes por vía de imposiciones de monopolios o de cláusulas abusivas.

La propia Directiva contiene un anexo con un catálogo no cerrado de cláusulas abusivas entre las cuales la primera es aquella que tiene por objeto "excluir o limitar la responsabilidad legal del profesional en caso de muerte o daños físicos del consumidor debidos a una acción u omisión del mencionado profesional". Esta misma técnica se aplica en el precitado anteproyecto de condiciones generales en cuyo artículo 7.2 se hace referencia al nuevo artículo 10 bis que introduce en la LGDCU por vía de su disposición final primera.

El Derecho debe asegurar unos mínimos de justicia en estos casos por vía de la igualdad para que esa relación sea éticamente admisible, valiéndose para ello de los principios constitucionales que han inspirar las normas del Derecho privado, en los términos antes enunciados por vía de las citadas "bases de las obligaciones contractuales" que la Constitución enuncia y consagra. Para ello el contenido preestablecido de las reglas o cláusulas que la disciplinan ha de ser claro, conocido y conforme a la buena fe y a la equidad. El principio de autonomía privada no es absoluto sino que debe respetar unas exigencias éticas ineludibles consagradas en las norma imperativas y en los principios generales del derecho; frente a ello no cabe tan siquiera alegar una norma consuetudinaria o usual pues estas han de respetar siempre aquellos límites.(Cfr.STS 30/4/93 y 29/6/95)

Como antes pudimos constatar esta cuestión se agudiza en el campo de los contratos por adhesión pues en estos no suele haber una negociación previa de cláusulas, incluso no se conoce parte de ellas, por lo para su interpretación ha de estarse a la realidad social del momento que hoy viene esencialmente preocupada por la igualdad contractual y el justo equilibrio de las prestaciones, tal y como lo demuestra la actual Ley de consumidores (L.19/7/84) en su artículo 10 donde consagra una garantía de equidad contractual que limita el alcance del artículo 1255 y la libertad de pacto para proteger a la parte débil del contrato pues declara nula toda cláusula que infrinja el principio de buena fe y

justo equilibrio de las prestaciones. A tenor de ello, la Jurisprudencia viene declarando nulas las cláusulas que infringen estos principios imponiendo limitaciones de responsabilidad en condiciones de "semi exoneración" de la misma. (Cfr. S.A.P. Castellón 6/3/93)

En consecuencia, cuando el daño surge de una conducta que se aparta de aquella que razonablemente puede esperarse de una adecuada ejecución del contrato conforme a su naturaleza y a la buena fe, surge el deber de responder por el quebranto, de cualquier tipo, que de ella se deduce, sin que quepa admitir una cláusula contractual que limite o excluya esa responsabilidad cuando sea considerada abusiva merced a los criterios antes apuntados. El contrato, y menos el de adhesión, no puede ser un medio de alusión de la responsabilidad por su propio incumplimiento.

Finalmente diremos que no basta la existencia de un contrato o relación de otra naturaleza entre las partes para que opere la responsabilidad contractual con exclusión de la extracontractual, sino que se requiere que el hecho dañoso acontezca dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo normal del contenido negocial. (A.P. Tarragona 6/6/93) No obstante, cuando concurre un incumplimiento contractual con un ilícito extracontractual, el perjudicado puede optar entre una u otra acción para obtener el resarcimiento. (Cfr. S.A.P. León de 17/1/92)

No podemos dejar de hacer una breve mención a la responsabilidad precontractual pues en el campo de la informática posee mucha relevancia. Con ocasión de los tratos preliminares suele haber conversaciones, presupuestos, desplazamiento de técnicos, etc... que sirven para determinar el objeto del contrato, como antes vimos, y fijar el contenido de la oferta de ese futuro contrato, salvo en los supuestos de contratos en masa o de adhesión en la que esa negociación no tiene lugar. La doctrina entiende hoy que cuando esos tratos preliminares existen su ruptura no suele conllevar obligación de resarcir; pero si ellos comportan unos gastos, gestiones, etc... a una parte y la otra injustificadamente, inobservando su deber de buena fe, realiza una ruptura unilateral, habría una responsabilidad precontractual aunque no haya contrato. Para ello se basa en la aplicación de los artículos 7.1, 1258 y 1902 del Código Civil, pues son casos en que esa ruptura ocasiona un daño injustificado a una

parte, que por ejemplo adquirió el equipo al mayorista, o un perjuicio, en cuanto dejó de venderlo a un tercero.<sup>24</sup>

A título de ejemplo pensemos en la empresa que envía un técnico a evaluar las necesidades del cliente, elabora el presupuesto según sus indicaciones aprobadas por el futuro adquirente, pide los equipos y programas al fabricante y, posteriormente, la otra parte desiste o rompe la relación de forma injustificada, ocasionando un daño real y efectivo representado por los gastos y equipo adquiridos, y los posibles perjuicios si con ello se impidió su venta a un tercero interesado.<sup>25</sup>

Dentro de este campo, hemos de aludir al grado de compromiso o vinculación que los documentos precontractuales poseen a la hora del desarrollo y ejecución del contrato. Estos documentos de los que se valen las empresas para dar a conocer sus productos y resaltar sus cualidades y utilidades vinculan contractualmente a las empresas en la medida en que facultan legalmente a la otra parte para exigir al oferente que el producto se adecue fielmente a las condiciones, características y prestaciones ofertadas en la publicidad. Tal y como hemos expuesto en páginas precedentes, la citada sentencia de la A.P. de Toledo de 3/10/94 basa el respaldo legal de esta vinculación en el artículo 8.1 de la Ley de Consumidores pues éste precepto exige que la promoción y publicidad de los bienes y servicios de consumo se ajusten a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad y, añade, " su contenido, las prestaciones propias de cada producto o servicio, y las condiciones y garantías ofrecidas, serán exigibles por los consumidores o usuarios, aún cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido".

De ello deducimos que las propiedades, funciones o utilidades "prometidas" al ofertar y asesorar sobre el producto vinculan al vendedor en la medida en que éstas quedan comprometidas frente a la otra parte, de manera que su insatisfacción origina incumplimiento. Este deber vinculante se acentúa especialmente en su exigibilidad en el campo de los contratos informáticos donde

■<sup>24</sup>Vid. Lasarte Alvarez: " Principios de Derecho Civil".Madrid, 1995

■<sup>25</sup> Vid. Hoorens, Schoenmaeckers y Lamsweerde: "Les contrats de développement de logiciel sur mesure".Bruxelles, 1986 y "I contratti di utilizzazione del computer".Dir.G.Alpa, Milano,1984

los equipos y el software suelen ser objeto de asesoramiento y especificación para el usuario que expone sus necesidades al proveedor.

## **B- La responsabilidad civil extracontractual:**

Surge cuando se infringe un deber genérico impuesto a todo ciudadano por el contrato social: no dañar a nadie; de suerte que quien mediando culpa o negligencia, por acción u omisión, produce un daño a otro, viene obligado a repararlo, pues tal es el mandato del artículo 1902 CC. Actualmente, para el estudio de esta materias se ha consagrado la unidad de criterio y método y surge el llamado Derecho de daños, derivado del Law on torts anglosajón que pone su acento en el daño efectivo que sufre la víctima que puede ser de distinta naturaleza, moral o patrimonial. Es indiferente que esa obligación surja por un mandato legal con independencia de que exista o no un previo contrato, lo cierto es que quien realiza una actividad de riesgo debe prever y cubrir sus consecuencias lesivas.

A tenor del artículo 1089 CC los actos u omisiones ilícitos o en los que media culpa o negligencia producen la obligación de reparar sus consecuencias. Ello se ha de conectar con el artículo 1902, antes citado, " el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado". El Tribunal Supremo ha establecido que en este precepto se asienta un principio objetivo fundamental en nuestro sistema que da origen a una obligación de carácter civil.(STS 13/12/83)

De otro lado, existe una responsabilidad civil originada por los delitos y faltas que se regula por las normas del Código Penal a tenor del artículo 1092 CC, aunque no existe una vinculación automática e indisoluble entre ambas, pues la acción civil es subsidiaria aunque cabe ejercicio conjunto.(Cfr.STS 30/12/92) Pero ha de tenerse en cuenta que las sentencias penales sólo obligan al juez civil en aquellas afirmaciones fácticas declaradas probadas que son integrantes del tipo que se define y castiga por lo que las declaraciones civiles de la sentencia penal carecen de fuerza en la jurisdicción civil.(STS 10/12/92)

Como vimos anteriormente, la obligación extracontractual de responder posee un fundamento objetivo pues, salvo ciertas excepciones ya citadas, la responsabilidad subjetiva ha sido superada por la teoría del riesgo y la persona que actúa esa actividad debe atenerse a la obligación de responder por sus consecuencias si hay un nexo o vínculo causa entre su conducta y el daño. El

Tribunal Supremo ha dicho que se trata de un sistema que " sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del sujeto, acepta soluciones cuasi objetivas, si bien no permite la exclusión sin más del básico principio de responsabilidad por culpa que responde nuestro Ordenamiento ".(STS 21/11/90)

En consecuencia si hay un acto u omisión ilícito, contra deberes de esa conducta social típica y esperable, un daño infringido injustamente y un vínculo causal entre ambos, se presume que hubo "algún fallo" y surge la obligación de responder, salvo que se pruebe culpa de la víctima o cualquier otra causa de exoneración admisible. Cuando no se pueda individualizar la cuota de responsabilidad correspondiente a cada uno de los sujetos, se impone la solidaridad.(STS 4/11/92) Hay una obligación de responder porque así lo impone un imperativo social de solidaridad con el sujeto que sufre el daño sin que ello se le pueda imputar.

Para su aplicación se exige que el acto u omisión suponga una conducta voluntaria que omita el deber de respetar el mandato *neminem non laedere* y que infringe un daño que causa un perjuicio patrimonial o moral probado por el sujeto que lo padece. Entre ambos debe haber un vínculo o nexo causal en una relación de causa a efecto; no obstante pueden intervenir factores externos que rompen esa vinculación: caso fortuito o fuerza mayor, intervención de un tercero o una acción del propio perjudicado. Estos elementos rompen el nexo e impiden que pueda imputarse al sujeto el daño producido.

### **3°- El daño: concepto, valoración y naturaleza.**

Daño es el detrimento o destrucción en sus bienes que una persona sufre como consecuencia de cualquier evento, pero no se trata del lucro cesante que tiene un carácter futurible, el daño es una realidad actual que implica una pérdida o disminución de carácter patrimonial que se padece. Pero como veremos después existe también un daño moral equivalente a un sufrimiento o erosión moral que la persona puede sufrir en sus bienes o valores morales, sea por un ataque a si mismo o a un tercero. Jurídicamente, daño es toda perturbación o deterioro que una acción delictiva causa a las personas o a sus bienes, pero en el campo civil esta referido al menoscabo, deterioro o perjuicio que no proviene de delito pero que da lugar a la obligación de resarcir. En la actualidad, este daño no tiene porqué ser infringido sólo a bienes ajenos pues en el campo de la propiedad y merced al concepto de función social puede haber un daño a bienes propios que

la sociedad sancione con la obligación de resarcir impuesta al mismo propietario autor del mismo.

Dentro de este concepto jurídico civil del daño caben distintas figuras pero en lo que a nosotros interesa hemos de resaltar el de daño emergente referido a la pérdida real y efectiva que sufre el patrimonio del lesionado y el llamado daño negativo o lucro cesante que se refiere a la ganancia razonablemente esperable que deja de percibir como consecuencia del anterior. La distinción entre ambos tiene su origen en el Derecho Romano en el que, en un principio, la obligación del responsable del daño alcanzaba hasta el valor de la pérdida o minusvaloración ocasionada.

Posteriormente, esta obligación se extendió también al lucro cesante o daño negativo. Para aclarar esta diferencia surge el concepto de daños y perjuicios identificando el daño con la pérdida o detrimento real sufrido y el perjuicio con la ganancia, lucro o beneficio que se deja de percibir. En consecuencia, la expresión "daños y perjuicios" supone una duplicidad de conceptos que no siempre han de ir unidos pues se puede ocasionar un daño real y efectivo sin que ello implique perjuicios inmediatos. Ambos pueden ser personales, sean corporales o morales, o bien de naturaleza patrimonial.

El daño moral afecta a la esfera espiritual de la persona por cuanto atenta contra aspectos, valores o bienes de la personalidad del sujeto afectado, tengan o no una realidad física. Su origen lo encontramos en la clásica STS de 6/12/1902 que aplicó el artículo 1902 CC a un supuesto de intromisión ilegítima en el honor y la intimidad de unas personas por un diario. Dentro de este concepto cabe distinguir:

a) Daño directo: está referido a la lesión que se opera de modo inmediato contra un bien inmaterial de la persona: honor, imagen, etc... En este campo, la L.O. de 5/5/82 presume que si existe la intromisión, existe el daño, sin entrar en motivaciones o finalidades, pues la importancia de estos bienes jurídicamente protegidos y su relevancia social así lo imponen. Así la STS de 11/2/92 entiende que el ataque al honor de una persona se desenvuelve tanto en el marco interno de la propia persona afectada, e incluso de la familia, como en el ámbito social externo y, por lo tanto, profesional, en que cada persona desarrolla su actividad. Este tipo de daños suelen causarse en los casos de lesión a la intimidad, honor, etc... por vía de la relación entre informática y libertades.

b) Daño Indirecto: se produce como consecuencia mediata de un daño material o personal: desfiguración de una persona, pérdida de un miembro de la familia, etc...

Este daño moral o "pecunia doloris" puede a su vez diferenciarse según se trate de un daño traducible en un interés económico en cuyo caso el resarcimiento es fácil de llevar a cabo: la pérdida de prestigio y clientela profesional por haberse dado unos datos o informaciones erróneas sobre la solvencia económica de un profesional o comerciante.(Cfr.STS 24/1/1923) Más problemático es el caso en que ese daño moral no tiene una traducción o evaluación económica directa, pues en estos casos se consideró que estábamos más ante una pena que ante un resarcimiento. Sin embargo, la moderna doctrina admite este "pretium doloris" pues si bien con el dinero no se puede devolver el bienestar moral anterior, si pueden, sin embargo, obtenerse con él nuevos goces que compensen aquellos que fueron arrebatados por la conducta injusta. Se trataría de, al menos, mitigar el dolor que el daño produce en el patrimonio moral de la persona ya que este no puede restablecerse en su estado inicial.

Es aquella demanda de la solidaridad social que exige que la víctima no soporte sola las consecuencias del evento daños, ejemplo de ello es la STS de 23/4/92 es un ejemplo claro de ello cuando entiende que existe daño moral en las consecuencias desafortunadas de un acto médico pues " ... es de una evidencia cegadora el dolor moral que experimenta una madre al ver a su hija en la situación tan lamentable como la que presenta, habida cuenta, además, de que es ella sola la que tendrá que soportar los inmensos trastornos que supone cuidar de una inválida, ya que se encuentra separada del esposo por sentencia judicial en la que se le transfirió la guarda y custodia de sus hijas..."

De todo ello deducimos que el concepto jurídico de daños y perjuicios es plurisemántico pues posee una diversidad de proyecciones, sean personales o patrimoniales. Una vez probado el daño, sea incluso por presunción objetiva, surge la obligación de resarcir salvo que concurren circunstancias de exención como las antes comentadas. La determinación de su cuantía esta encomendada a los Tribunales, quienes se valen de los medios adecuados al caso: tasación, precio, peritos, etc.... (STS 26/12/91) Cuestión diferente es la determinación de los perjuicios sufridos, que han de probarse en su efectividad y cuantía, salvo supuestos de indemnizaciones pactadas previamente por las partes.

Técnicamente, la teoría de los daños y perjuicios tiene su aplicación principalmente en el campo del Derecho de obligaciones. Cuando se

produce el incumplimiento el Derecho reacciona contra el patrimonio del sujeto con la finalidad de obtener de este bienes suficientes para restaurar el desequilibrio patrimonial que su conducta a ocasionado a la otra parte. Pero ello no se agota en este campo dado que se ha extendido a otros supuestos en los cuales la conducta de una persona produce una perturbación en la esfera personal o una disminución en el patrimonio de otra. Ya de antiguo la Jurisprudencia ha afirmado que los preceptos legales que disciplinan el incumplimiento son de carácter general y aplicables a todo género de obligaciones.(STS 19/12/1916)

En concreto, los daños y perjuicios pueden originarse a partir de diversos supuestos:

- a) De los incumplimientos contractuales.(1115 CC)
- b) De la concurrencia de un hecho previsto como causa en el propio contrato: así el siniestro cubierto por el contrato de seguro.(1791CC)
- c) Cuando lo han previsto las partes estableciendo una cláusula que origina la obligación de indemnizar: cláusula penal.(1152 CC)
- d) En los supuestos en que ha lugar a responsabilidad según la Ley.(1902, 1905 y otros CC)

Como puede observarse, en unos casos el resarcimiento posee un carácter de recurso subsidiario y en otros actúa como objeto inmediato de responsabilidad. Ha sido definida esta obligación de daños y perjuicios como " la obligada restauración del desequilibrio patrimonial ocasionado por la conducta injusta del obligado, satisfaciendo al perjudicado aquellos que se le originaron". Ello implica una serie de requisitos:

- a) Una conducta injusta en la medida que ocasiona un quebranto injustificado ya sea por culpa, dolo, negligencia o morosidad, si bien las nuevas corrientes jurisprudenciales presumen esa culpa o negligencia en la conducta del causante objetivizando esa responsabilidad.
- b)Supone igualmente la imposibilidad de obtener el cumplimiento forzoso de una manera específica, lo cual implica que la obligación no puede cumplirse tal y como se había pactado.

c) La concurrencia efectiva de unos daños o la pérdida de una ventaja razonablemente segura.

d) Un nexo causal entre conducta y daño. Será el juez el que debe analizar caso por caso la concurrencia de este requisito teniendo en cuenta las precisiones hechas en páginas precedentes sobre la objetivización de la culpa, la concurrencia de culpa de la víctima o el caso fortuito.

En relación al contenido de esta obligación hemos de decir que, básicamente, consiste en restablecer el patrimonio del sujeto en la misma situación que ostentaba antes de producirse el evento dañoso. Para ello hemos de tener en cuenta dos conceptos arriba mencionados: el daño efectivo (*damnum emergens*) y la ganancia pérdida (*lucrum cessans*), tal y como sanciona el artículo 1106 CC. Para evaluar ese daño efectivo no podemos detenernos en la mera valoración del objeto específico sobre el que recae aisladamente considerado sino que hemos de tener en cuenta que tales bienes están en relación con el resto del patrimonio del afectado de manera que esa pérdida de valor del objeto del daño puede repercutir en los demás. Así el fallo del sistema operativo inutiliza el ordenador y le hace inútil para la tarea prevista: contabilidad, ficheros, datos, etc... pueden perderse como consecuencia del fallo del programa, ese daño no se resarce simplemente con reponer otro ejemplar del programa. Si falla el ordenador que controla las operaciones de vuelo de un aeropuerto se pueden producir accidentes que indirectamente son consecuencia de aquél fallo.

Por otra parte, la cuestión de los perjuicios es más complicada pues se trata de un concepto de más difícil cuantificación y prueba. No es lo mismo alegar, cuantificar y probar un daño efectivo referido a hechos ya sucedidos que hacerlo respecto de unas posibilidades de futuro, muchas veces indeterminadas y aleatorias. La Jurisprudencia ha asentado un criterio más o menos claro: las ganancias cuya percepción se frustra no han de ser dudosas y contingentes, no cabe pues basar la condena en daños y perjuicios en meras y simples suposiciones; así cabe pensar que existe ese lucro cesante cuando la ganancia se hubiese producido desplegando una diligencia normal, cuando dependiera de una simple aceptación, o de una condición potestativa o del transcurso normal de los acontecimientos.

Pensemos en un hipermercado cuyo sistema informático de control de caja falla impidiendo su normal funcionamiento, una cuestión a dirimir será averiguar la causa del fallo e imputar la responsabilidad correspondiente, pero

parece claro que se estimará que por cada día de cierre pierde una media de 10.000 clientes diarios con un gasto aproximado de 4000 pts por cliente. No sólo habremos de evaluar la pérdidas por mercancías percederas, puesta en funcionamiento del sistema, salarios devengados, sino las ventas que, normalmente, se hubieran podido realizar.

A la hora de imputar esta obligación el Código distingue al deudor de buena o mala fe, a tenor del artículo 1107 CC, el primero responde de aquellas consecuencias necesarias de su falta de cumplimiento; el segundo de todas aquellas que conocidamente se deriven de aquella circunstancia. Sin embargo, la Jurisprudencia ha incidido en la necesidad de un nexo causal entre daños y conducta: ambos deudores responden de aquellos daños y perjuicios que estén directamente unidos o conectados con el hecho causante. Por ello el deudor de buena fe responde de los daños y perjuicios previstos y los previsibles al tiempo de constituirse la obligación, mientras el doloso responde de aquellos incluso de aquellos que no fueran previstos o no podían preverse, y además no puede acogerse al función moderadora del Tribunal que beneficia al anterior en los casos de negligencia, recogida en el artículo 1103 CC.

Siguiendo el ejemplo anterior, si el fallo no se debe a una conducta dolosa, deberá hacer frente el causante a aquellos daños previstos en el contrato y los que normalmente hubiera podido preverse: reparación o sustitución, pérdida de clientes, etc... pero no cabe alegar que algunos proveedores se han desligado del perjudicado o las posibles ganancias derivadas de una futurible campaña de ofertas, etc... El deudor doloso pagará incluso daños y perjuicios no previsibles pero conectados con el acto generador: encarecimiento de productos, pérdida de cartera, créditos lesionados, etc...

En cuanto a la liquidación para determinar la cuantía puede operarse por las mismas partes según acuerdo entre ellos, anterior o no al evento, por la propia Ley, como hace el artículo 1108 CC o por decisión judicial. En todo caso deberá el que la reclama probar el daño y los perjuicios, pudiendo establecerse su cuantía durante el proceso o en el fase de ejecución de sentencia, siempre que deriven de hechos acreditados en la misma. Al ser una cuestión de hecho su apreciación queda reservada a la soberanía del juzgador.

Todo ello debe aplicarse a los distintos supuestos que se pueden plantear en el campo de la informática, si bien la valoración y alcance de los daños y perjuicios se deberá hacer atendiendo a cada caso en concreto. A efectos de este

estudio, vamos a atender a los tres grandes supuestos que, a nuestro juicio, merecen mayor atención: la responsabilidad civil por los productos informáticos, la de los profesionales que prestan servicios informáticos y la de los titulares de los ficheros automatizados de datos. Para ello partimos de los conceptos y principios expuestos en esta primera parte, eludiendo entrar en una complicada casuística a la que seríamos profanos dejando fuera toda una panoplia de problemas concretos que la práctica irá planteando con toda seguridad.

## **SEGUNDA PARTE**

### **I- INFORMATICA Y RESPONSABILIDAD CIVIL.**

Queda patente que la tipología y alcance de los daños y perjuicios es muy diversa pues a su producción pueden concurrir distintos factores y agentes causantes lo cual implica la necesidad de solucionar cada caso concreto según tales circunstancias. Para ello debemos valernos de las normas generales que disciplinan la responsabilidad para cada uno de los tipos de esta pues no existe un régimen jurídico específico y concreto al que podamos acudir. En consecuencia, vamos a proceder a enunciar cuales serían tales normas y, seguidamente, abordaremos los tres supuestos más interesantes, a nuestro juicio, es decir la responsabilidad del profesional por los servicios informáticos, la responsabilidad por los daños causados por los productos y la del titular de una base o archivo de datos automatizado.

En definitiva, en este campo se dan cita diversas normas relativas a la responsabilidad civil que deberán ser aplicables atendiendo a las circunstancias de cada caso. Así, cuando sean daños originados en el desarrollo del contenido prestacional de un contrato estaremos ante responsabilidad contractual y habremos de distinguir si se trata de un contrato relativo a productos informáticos o a prestación de servicios, cuando el daño provenga del incumplimiento del deber de conducta diligente, sin media contrato, estaremos ante una responsabilidad extracontractual. El carácter objetivo o subjetivo de la misma nos lo indicará el tipo de obligación, medios o resultado, que el sujeto se comprometiera a asumir. Cuando el daño provenga de la intromisión en la intimidad o transmisión de datos sensibles sin consentimiento del afectado, el empresario o autoridad titular del fichero responderán por si mismos y por los hechos causados por sus empleados, merced a las normas de responsabilidad "in eligiendo" impuestas para ellos por el Ordenamiento.

Vamos ahora analizar brevemente los tres supuestos más importantes que pueden plantearse para fijar su régimen jurídico específico de responsabilidad.<sup>26</sup>

## **II-LA RESPONSABILIDAD POR LOS PRODUCTOS INFORMATICOS.**

En lo relativo al software y al hardware hemos de partir del hecho de que se trata de productos fabricados para su comercialización en el mercado de bienes de consumo por lo que quedan sometidos a las normas reguladoras del tráfico y la responsabilidad vigentes en este campo. Lógicamente, el adquirente de tales productos pretende que estos desarrollen todas las prestaciones que el fabricante les atribuye pero, además, contrata la garantía por el correcto funcionamiento de estos y la seguridad de ser resarcido por los daños y perjuicios que un mal funcionamiento de los mismos pueda ocasionarle. Del mismo modo, el adquirente de un programa no sólo ha de ver compensado su interés en que este realice las tareas esperadas, sino que también espera que éste sea original y no se trate de una copia ilegalmente obtenida sobre el que quepa una vindicación de terceros. En cuanto al equipo, este ha de responder a las cualidades exigidas conforme a las normas técnicas normalizadoras que se aplican en ese campo industrial: radiaciones, consumos, etc... vienen establecidos para "normalizar" tales productos y si el equipo no responde a esas normas no cabe admitir su comercialización pues ello puede ser fuente de peligros y daños inadmisibles.

Todas estas consideraciones cobran especial interés en la actualidad pues el proceso de informatización que las pequeñas empresas y los profesionales aumente vertiginosamente, si bien ello no ha sido paralelo a la adquisición de conocimientos técnicos por parte de estos. Es por ello que el deber de asesoramiento y consejo del proveedor se acentúa especialmente, lo cual nos da una medida de la necesidad de que la determinación y cumplimiento de la prestación por parte de éste es de capital importancia.

Pero tampoco debemos olvidar el deber de colaboración de la otra parte, pues sólo una exacta información acerca de las necesidades, objetivos y problemas que plantea el adquirente podrá permitir al suministrador del equipo el

■<sup>26</sup> Vid. Messina de Estrella Gutiérrez:" La responsabilidad civil en la era tecnológica".Buenos Aires, 1989 y "Computers e responsabilitá civile". Dir.G.Alpa, Milano, 1985

hacer una propuesta de solución adecuada al caso; así pues, el deber de lealtad es mutuo. Para ello debe ofrecer al cliente una información veraz, objetiva y exacta de las cualidades, funciones, alcance y limitaciones del equipo o programa propuesto. Ambas partes han de ser diligentes y colaborar a la hora de determinar el contenido de la prestación contractual, sin que por ello olvidemos que a la hora de ejecutar el contrato ambos vienen obligados a cumplir además de lo expresamente previsto, todas aquellas consecuencias que según su naturaleza se deriven de la buena fe, los usos y la Ley.(1258 CC)

Para medir el nivel de cumplimiento debemos atender, en primer lugar, al título lícito merced al cual se accede al uso del equipo, sea compraventa, leasing, arrendamiento, préstamos u otro, pero en todo caso hay unas obligaciones de garantía, mantenimiento y responsabilidad ineludibles y la cláusula que imponga una limitación injustificada en este sentido será considerada abusiva. Cada tipo de contrato conlleva un contenido específico de prestaciones, pero los deberes contractuales antes apuntados de consejo, lealtad, colaboración, etc... permanecen en todos ellos. Aún cuando las posibilidades son varias, nosotros nos ceñimos a la compraventa como supuesto más extendido e interesante a tratar.<sup>27</sup>

En este campo se deben aplicar los dictados de la responsabilidad de carácter contractual cuando el daño se produce dentro de la esfera intersubjetiva de las partes del contrato. Pero en el supuesto en que ese daño se produce en la esfera de un sujeto ajeno a esta relación ha de aplicarse la responsabilidad objetiva para cubrir este evento. Es decir, cuando el daño ocasionado por el producto es consecuencia del incumplimiento contractual debemos atender a si el perjudicado es la otra parte de contrato o un tercero ajeno al mismo. Por ejemplo, si un asesor fiscal recibe un equipo y un programa para realizar la declaración del IRPF a sus clientes y estas dan resultados equivocados que provocan un quebranto a los declarantes tenemos una "cadena" de daños: el que sufre el asesor por pérdida de prestigio y clientela y el de sus clientes por la sanción. La responsabilidad del proveedor deberá establecerse según si el mal funcionamiento es del programa o del equipo y responde por el daño ocasionado al adquirente. Otro cuestión será la responsabilidad frente a los declarantes

■<sup>27</sup> Sobre el contenido más usual de los contratos informáticos, véase Heredero Higuera:" Cláusulas ilustrativas para la negociación de contratos de bienes y servicios informáticos". Rv.Informática y Derecho, nº 1 de 1992, pág.101 y siguientes.

sancionados: en principio responde el prestador del servicio, asesor, pues cabe exigirle los conocimientos suficientes para que, mediando la diligencia adecuada, pueda detectar el error y subsanarlo. Si el fallo no era detectable ni aún con una diligencia adecuada al caso, tendríamos una responsabilidad exigible al fabricante.<sup>28</sup>

Podríamos establecer un régimen genérico de responsabilidad basándonos en el Código Civil y en ciertas normas especiales:

#### 1- Obligación de saneamiento por vicios ocultos y por evicción:

Los contratos sobre equipos y programas conllevan la obligación de responder por los vicios o defectos que estos padezcan y no fueran conocidos, o cognoscibles, por el adquirente. Así lo dispone el Código en sus artículos 11475 a 1499 y 1553.

Cuando el adquirente encarga un equipo concreto conforme a un asesoramiento previo y un presupuesto dado, los componentes deben ser aquellos pactados, originales y en perfecto estado de funcionamiento, siendo exigible la aprobación del mismo en el acto de la entrega del equipo, si bien esa recepción no supone excluir de plano la responsabilidad pues el cliente no suele ser un perito en la materia y los defectos pueden ser de tal naturaleza que éste no pueda reparar en ellos. (Cfr.1598 CC) Cuando sean equipos standard de marcas oficiales, no clónicos, la responsabilidad recae sobre el fabricante, salvo que el vendedor haya incumplido alguno de los deberes contractuales que le incumben y ello haya sido causa de determinante de una elección errónea o inadecuada. El fenómeno de equipos clónicos que el propio vendedor suele montar en sus dependencias conlleva una doble nota de responsabilidad: como vendedor y como fabricante porque no cabe admitir que se pretenda diferir ésta a un remoto fabricante de un componente dado que ello sería en la practica igual a una exoneración abusiva.

Esta cuestión plantea un especial interés en el caso del software por cuanto el vendedor debe garantizar la originalidad del mismo y la licitud del título por el cual se trasmite, respetando por tanto las normas de la protección de

■<sup>28</sup> Sobre los deberes del proveedor, véase Dario Bergel:" Responsabilidad civil derivada de la informática".Rv. Informática y derecho, n° 4 de 1994

la propiedad intelectual del mismo que nuestra legislación contiene.(Ley de Propiedad Intelectual y Ley 16/93 de 23 de Diciembre.

GETE ALONSO pone de manifiesto que en el software no cabe una plena adaptación de las reglas sobre vicios ocultos pues, por su naturaleza de bien inmaterial, no es admisible la calificación de vicio oculto a los fallos, errores o carencias que puedan presentar. Se inclina por considerar que tales fallos conllevan un incumplimiento de contrato siguiendo la línea que entiende que estamos ante una obligación de medios. Lo cierto es que cuando se comercializa un programa se comprometen funciones que el mismo desarrolla pero no siempre los resultados pues en parte dependen de los conocimientos, aptitudes y habilidades del usuario.

No obstante, cuando el fallo o error sea de una naturaleza que impida el adecuado cumplimiento de la funciones atribuidas al programa, estaremos ante un incumplimiento que ocasiona la obligación de responder por los daños y perjuicios que se ocasionen a consecuencia del mismo.<sup>29</sup> En ningún caso deberá admitirse una cláusula de exoneración que no obedezca a conductas imputables al usuario por mal uso del programa.

De otro lado, la inexistencia de la "atadura o interdependencia" entre máquina y función que el ordenador ha roto implica que el equipo esta capacitado para desempeñar distintas tareas en función del programa que haya de ejecutar; lo cual permite inicialmente, disociar el binomio hardware-software a efectos de responsabilidad. Pero ello produce a su vez varias consecuencias:

1ª- Que esta disociación depende del software según esté más o menos vinculado a la máquina: no será igual la dependencia del equipo al sistema operativo y de este con el programa de aplicación, que la que vincula al ordenador con el programa concreto que se quiere ejecutar.

2ª- Según las características físicas del ordenador, su capacidad, así serán las posibilidades funcionales que posea de admitir un sistema operativo y de ejecutar programas de aplicaciones. Un equipo obsoleto, con falta de memoria en disco duro o insuficiente memoria RAM, no puede "soportar" determinado software.

■<sup>29</sup> Vid. " La contratación..." cit.

3ª- Según el tipo de equipo podrá haber compatibilidad o no con cierto software cuyo empleo será inviable en ese equipo.

Todo ello parte de una base: la necesidad de que ambas partes cumplan con sus deberes contractuales a la hora de fijar las prestaciones: el usuario debe poner en claro sus necesidades, objetivos y posibilidades y el suministrador debe asesorarle y orientarle para que adopte la decisión adecuada. El fabricante, por su parte, debe poner de manifiesto las posibilidades reales de su producto, sus limitaciones, características técnicas y exigencias de equipo o programas que precisa.

## 2- La obligación de Garantía:

La ley de Consumidores en su artículo 11.2 impone la obligación legal de garantía para todos aquellos bienes duraderos que deberá ser entregada y formalizada por escrito por los productores o suministradores a los usuarios. Ello implica que la garantía no sustituye a la obligación anterior pues son diferentes y compatibles sin que quepa eludir ninguna de ellas por vía de cláusula contractual. Además, como la sentencia de la A.P. de la Coruña de 2/12/94 nos recuerda el artículo 11.3,b de la Ley de Consumidores cuando el producto adquirido es defectuoso es obligación impuesta por la garantía la reparación del mismo, pero si ésta no fuere satisfactoria y el objeto no revistiera las condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviese destinado, el titular de la garantía tendrá derecho a la sustitución del objeto adquirido por otro de idénticas características o a la devolución del precio pagado.

La sentencia de la A.P. de Alava de 6/6/94 precisa que en este caso "no se trata de que la cosa resulte absoluta y materialmente inservible para el uso a que se le destina, sino que es suficiente que su función se vea alterada de forma relevante y las prestaciones que de la misma se esperan incidan en aspectos esenciales de su uso o disfrute", en cuyo caso cabe estimar la existencia de un incumplimiento relevante por la vía del artículo 1124 CC y se procede a declarar la resolución del contrato.

Es reiterada la jurisprudencia que ha establecido que el defecto o fallo ha de presentarse dentro del plazo de garantía y a partir de este momento nace la acción para reclamar el resarcimiento que tiene un plazo de prescripción

de 15 años, a tenor del Código Civil. Los plazos de garantía son pues distintos al de prescripción y al de caducidad.(STS 7/2/95)

El problema se ha venido planteando a la hora de establecer quien es el sujeto ante el que cabe dirigir la acción, pues en unos sistemas el adquirente tiene acción directa contra el fabricante y en otros ha dirigirse hacia el suministrador. En nuestro país, en la práctica, el vendedor entrega la carta de garantía y el usuario ha de dirigirse al servicio técnico que el fabricante tenga instalado; ello ha ido consagrando la práctica del que el suministrador quede desvinculado con el comprador una vez que ha vendido el equipo. Realmente ello no debe ser así pues las obligaciones de saneamiento y garantía son consecuencia del contrato de adquisición y la Ley de Consumidores no excluye al suministrador del equipo, sino que le coloca junto al fabricante a la hora de responder ante el adquirente; máxime cuando sean los equipos clónicos de fabricante original desconocido por lo que el comprador sólo puede dirigirse contra el vendedor que debe responder por el equipo que comercializa por su cuenta y riesgo.

En cuanto al software hemos de precisar que cuando es software de base éste ha de adecuarse al equipo y sus condiciones específicas, por lo que ha de ser compatible e idóneo, obligación que se acentúa cuando se adquiere conjuntamente con el hardware. Normalmente, se suele proveer junto con el equipo y ya instalado, y su elección se hace conforme a las necesidades planteadas por el usuario al vendedor y éste lo propone en base a su deber de consejo y asesoramiento, respondiendo de su licitud e idoneidad, pues de lo contrario hay incumplimiento contractual pues en este caso cualidades y objetivos van más unidos que en el caso del software de aplicación.

En lo relativo a los programas de aplicación el usuario adquiere el derecho de utilización de los mismos y queda sometido a los deberes que la legislación sobre propiedad intelectual le impone. En cuanto a su correcto funcionamiento debemos estar a las normas generales aplicables al resto de los productos. Cuando sea un programa creado ex profeso estamos ante un contrato de obra con todas sus consecuencias.

### 3- Responsabilidad por productos defectuosos:

Hasta aquí hemos analizado la teoría general sobre responsabilidad basándonos en la idea de la insatisfacción de la utilidad esperada por el usuario o adquirente del producto informático. Para ello hemos utilizado

las normas reguladoras de la compraventa, en la medida en que tratan de proteger a una parte frente a la utilidad frustrada que razonablemente cabe esperar del bien según sus circunstancias y propiedades; es decir, "protegen al comprador contra los defectos que impiden o afectan a la utilidad del objeto de la prestación del vendedor" pues nos desenvolvemos en el campo del incumplimiento.<sup>30</sup>

No obstante, para el campo de la protección del consumidor frente a los riesgos o daños imprevisibles que ocasionen los productos hemos de hacer una mención especial a la Ley de 6 de Julio de 1994 relativa a la responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, que incorpora la Directiva 85/374/CEE de 25 de Julio que pretendía establecer un régimen jurídico armonizado en toda la Comunidad sobre esta materia, para lo cual consagra la aplicación del principio de responsabilidad objetiva y solidaridad en caso de daños personales o materiales que afecten a las personas con independencia de que sean o no consumidores en sentido estricto, lo cual amplía el ámbito subjetivo de protección pues supera el estricto concepto de "consumidor" del artículo 1.2 de nuestra Ley 26/84 que se circunscribe a las personas, físicas o jurídicas, destinatarios finales del producto o servicio.

Este punto es una de las más interesantes aportaciones con respecto a la Directiva de origen, dado que la doctrina entendía que la norma comunitaria era aplicable solamente al consumidor, quedando las empresas y profesionales fuera de su ámbito de protección, para ello se basaban en el hecho de que estos sujetos ostentarían una posición de mayor igualdad con respecto a fabricantes e importadores y que tales daños podían estar previstos en los contratos celebrados al efecto; ello no siempre es así pues cada vez se da una mayor concentración en el mercado en favor de las grandes multinacionales, como sucede actualmente en la informática. Sin embargo no sería lógico admitir que el afectado sea sólo el consumidor "strictu sensu" por lo que esta ampliación del ámbito de los sujetos protegidos por la norma es, a nuestro entender, justa y adecuada por igualitaria y precisa.

Los derechos reconocidos por esta Ley tienen un plazo de caducidad de diez años desde que se pone en circulación el bien mueble causante del daño, pero ejercitada la acción por el daño, se abre un plazo prescriptivo con relación a

■<sup>30</sup> Vid. Alcover Garau: "La responsabilidad civil del fabricante".Madrid, 1990

la misma. Dicha prescripción funciona conforme al sistema siguiente: dentro de ese plazo si se produce el daño o perjuicio el afectado tiene un plazo de 3 años para ejercitar la acción de reparación a contar desde que se sufre el perjuicio, a consecuencia del defecto o del daño ocasionado por aquél, y siempre que se conozca al responsable. El sujeto que haya satisfecho la indemnización tiene una acción para dirigirse contra los demás responsable sometida a un plazo prescriptivo de 1 año a contar desde que hace efectivo el pago de la misma. Como se trata de prescripción extintiva, todos sus extremos, no sólo la interrupción, se rigen por las normas generales del Código Civil.

El ejercicio de estas acciones no afecta a la defensa de otros derechos que el perjudicado pueda tener como consecuencia de la responsabilidad contractual o extracontractual del fabricante, importador o cualquier otra persona responsable. Con ello se mantiene la teoría de la concurrencia de acciones antes expuestas, sobre todo en relación a posibles responsabilidades penales.(art.15)

En su artículo 1 señala como responsables a los fabricantes e importadores de los productos, con lo cual se instituye una responsabilidad que les vincula a ambos frente al perjudicado. Se entiende por fabricante al que produce el producto terminado, o uno de sus elementos integrantes o las materias primas; tiene esta misma calificación la persona que se presenta al público como tal colocando su nombre, denominación social, su marca o cualquier otro distintivo en el producto, envoltorio, envase o en cualquier otro elemento de protección o presentación. (fabricante aparente) La doctrina incluye en este concepto amplio al llamado "assambler" que encaja o combina los componentes o productos manufacturados por otros sujetos, pero no al mero instalador. Con ello se aplica un concepto muy amplio que sirve para determinar el ámbito subjetivo aplicable a esta Ley y se facilita su cumplimiento. Además, si no pudiera identificarse al fabricante, será considerado como tal quien haya suministrado o facilitado el producto, salvo que en el plazo de tres meses indique al dañado o perjudicado la identidad del fabricante o de quien le hubiera suministrado el producto. Esto mismo se aplica si el producto es de importación, si en este no figura el nombre del importador aún cuando se indique el del fabricante. Es importador el empresario que introduce en la Unión Europea un producto para su venta, arrendamiento financiero o cualquier otra forma de distribución.(Art.4) La Disposición adicional única dispone que el suministrador del producto defectuoso responderá como si fuera el fabricante o importador cuando haya suministrado el producto a sabiendas de la existencia del defecto, aunque luego pueda ejercitar la acción de repetición contra aquellos.

Esta responsabilidad es solidaria conforme al artículo 7 pues se trata de impedir que el sujeto que sufre el daño pueda quedar sin reparación como consecuencia de no poder hacerse una imputación individualizada de la responsabilidad. A título de ejemplo, las concesionarias de marcas de vehículos o sus agentes son considerados por los Tribunales como mandatarios o comisionistas del fabricante, importador o filiar del primero y ello con independencia de las relaciones internas que no pueden perjudicar a terceros compradores en la medida en que estos son ajenos a aquella relación, por lo que se impone una responsabilidad directa y solidaria de ambos.(Cfr.A.P. Alava 6/6/94)

Incluso cuando media la intervención de un tercero, el artículo 8 sigue la línea de asegurar la reparación, pues la responsabilidad del fabricante o importador no se reduce cuando el daño sea causado conjuntamente por un defecto del producto y por la intervención de un tercero; aunque luego pueda repetir al tercero la parte que le corresponda de la indemnización que ha satisfecho en base a su tanto de intervención en el daño. Tal y como vimos antes, se trata de la aplicación a este campo de las modernas líneas del Derecho de Daños, pues hoy el comerciante va perdiendo relevancia en su papel frente al consumidor en la medida en que éste se relaciona más con el fabricante pues en el comercio actual muchas veces el vendedor es un profano en la materia relativa al producto y se limita a cobrarlo.

Sin embargo, cuando media culpa del perjudicado o de una persona por quien este haya de responder civilmente (menores, empleados) la responsabilidad se reduce o suprime si el daño es consecuencia del defecto del producto y de la conducta de aquellos sujetos. Esa concurrencia de causas puede deberse a una actividad conjunta de ambas o a que una sea determinante de la otra, lo cual implica que en cada caso habrá de probarse lo que se alegue pero, en principio, si hay defecto habrá responsabilidad.(art.9)

En su artículo 14 la Ley declara la plena nulidad de las cláusulas limitativas o d exoneradoras de la responsabilidad prevista en ella.

Se considera producto todo bien mueble aún cuando esté unido o incorporado a otro mueble o inmueble; esto implica que se incluyen los alimentos, los materiales de la construcción, los productos artesanales y artísticos, los componentes electrónicos, el gas, la electricidad, los productos de la minería,

incluso agua mineral y aquellos que se facilitan en el seno de una relación de servicios y los bienes usados. Por el contrario, se excluyen los servicios, los inmuebles, los residuos, los órganos humanos, la sangre y aquellos similares que no se producen para la venta o son excluidos por la Ley: materias primas agrarias y ganaderas, y los de caza y pesca que no hayan sufrido transformación inicial. (art.2)

El artículo 3 recoge el concepto legal de producto defectuoso aquél que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar atendiendo a su presentación, uso previsiblemente razonable y el momento de su puesta en circulación. Se considera defectuoso en todo caso si no ofrece la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie. Como consecuencia de ello se deduce que no se trata de proteger al sujeto de un riesgo evidente y previsible que el producto pueda ocasionar, pues ello le era conocido: el adquirente de un explosivo o de un medicamento con efectos secundarios conocidos y previstos, sabe, conoce y asume el riesgo y no cabe apoyarse en la Ley para reclamar. Además, debe estudiarse cada caso en concreto pues según el tipo de producto y sus destinatarios habremos de evaluar cual se su utilización adecuada: no es lo mismo un juguete para niños que un disolvente químico para especialistas de laboratorio, pues hay más riesgo de una utilización inadecuada por aquellos, que su manipulación imprudente por estos. es por ello que para valorar esa ausencia de seguridad habremos de atender a una serie de criterios que la misma Ley establece: presentación, uso razonablemente previsible y momento de su puesta en circulación.(art.3)

La jurisprudencia hace hincapié en la necesidad de prever que determinados sujetos como niños, ancianos, deficientes mentales, etc... pueden observar una conducta imprudente por lo que se han de extremar las cautelas en tales casos. Cada producto posee su destinatario-tipo y a ello debe atenderse. (Cfr. A.P. Palencia de 21/12/94)

A título de precedente podemos citar la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Diciembre de 1994 en un caso de explosión de un artefacto pirotécnico cuya comercialización y uso se regula por una normativa legal específica en la cual se impone la obligación de que sea utilizado exclusivamente por personal perteneciente a un taller de pirotecnia debidamente legalizado; además debe ir correctamente etiquetado, lo cual no se cumplía en este caso, no advirtiéndose tampoco de sus riesgos al adquirente. Tal conducta no supone una mera infracción administrativa, sino que constituye la causa directa del daño cuya

reparación se reclama pues se ha creado un grave riesgo para el usuario, por lo que cabe deducir la responsabilidad de quien ha sido creador de ese riesgo merced al artículo 1902 CC. La Sala aplica además la Ley de Consumidores sobre la base de la Directiva 85/374 CEE, que en ese momento no había sido incorporada aún, por tratarse de un producto peligroso sometido a unos requisitos legalmente previstos. En tal sentido, afirma la sentencia: " El artefacto explosivo entra, sin ninguna duda, en el supuesto de hecho del párrafo 1º del artículo 28 de la Ley de Consumidores. El fabricante no ha controlado su elaboración a fin de su debida clasificación según los Decretos aplicables, con radical influencia en las personas que lo podían utilizar. Se impone la responsabilidad objetiva del artículo 28". Cuando el fabricante alega la incorrección del uso por parte del perjudicado, la Sala le contesta que es irrelevante pues no se trata de un explosivo de clase 2ª, que puede ser utilizado por los mayores de 18 años, sino de uno de clase 3ª cuya utilización es exclusiva para personal especializado; máxime cuando no había etiquetado que lo anunciara, ni el afectado era pirotécnico. Finalmente, establece la responsabilidad solidaria conforme al artículo 27 de la ley de Consumidores para los demandados: fabricante y vendedor del producto que originó el daño.

No se entiende defectuoso el producto por el mero hecho de que posteriormente se le ponga en circulación de forma más perfeccionada: sería el caso de automóviles que incorporen el ABS o monitores que poseen un índice más bajo de radiación; pero si lo es cuando uno de ellos ofrece menos seguridad que el resto de productos de su misma serie.

El artículo 10 establece el ámbito de protección en cuanto a la tipología de daños cubiertos: muerte, lesiones corporales y los daños patrimoniales causados a las cosas distintas al propio producto cuando estas se hallan destinadas objetivamente al uso o consumo privado y en tal concepto la hubiera utilizado principalmente el perjudicado. En este caso existe una franquicia de 65000 pts y en todo caso un límite de 10.500.000.000 pts, siendo estas cuantías revisables periódicamente según la disposición final tercera. Para los demás daños y perjuicios, incluidos los morales, se puede acudir a la vía de la legislación civil general para su resarcimiento. La prioridad concedida a los daños personales es lógica pues la salud-integridad física es el objetivo fundamental a proteger por la Ley, sea muerte o lesión corporal la indemnización alcanza al daño efectivo y al lucro cesante, pues así se deducía del artículo 9 de la Directiva de la que ésta trae causa.

En lo relativo a daños patrimoniales, de salida se excluye el propio producto pues viene resuelto en el propio contrato de compraventa. La ley exige un requisito objetivo: bienes normalmente destinados al uso o consumo privado; y otro subjetivo: que se utilicen principalmente para tal fin. Pero el término "privado" no debe ser interpretado en un sentido restrictivo pues ello sería contrario al espíritu de la norma ya que esta no se limita a proteger actividades privadas de consumo. Los bienes que objetivamente sean de uso privado pueden ser utilizados en actividades de empresa o profesionales, pero quedarían fuera del ámbito de aplicación de la norma, tal y como se ha interpretado la Directiva 85/374 CEE; pero la terminología utilizada por los textos citados no es demasiado clara. Pensemos en el equipo informático instalado en una consulta privada y susceptible de una doble utilización profesional y personal, o en el de una pequeña empresa familiar; no parece lógico excluir de raíz del ámbito de la Ley tales supuestos dudosos pues ello generaría desprotección lo cual es contrario a los principios generales del Derecho de daños antes citado. Por ello la doctrina establece un criterio doble:

- La protección alcanza a todas las personas por los daños personales cuando realicen una actividad de consumo, de empresa o profesional.
- Cuando se trate de daños materiales la protección alcanza al consumidor o adquirente o a cualquiera que utilice el producto o resulte dañado por él. Este segundo criterio restrictivo debe ser tratado con cautela pues el término principalmente del artículo 10.1 no admite una interpretación extensiva.

En cuanto a la valoración del daño patrimonial, la ley se refiere a los daños en cosas distintas al propio producto, de ello parece deducirse que se cubre el daño efectivo causado a las mismas, pero no los perjuicios y lucros cesantes que han de reclamarse por la vía de las normas generales, como establece el artículo 10.2 de la Ley. Así, la pérdida del disco duro se sustancia por esta vía, pero la de su contenido y el tiempo sin poder utilizarlo deben reclamarse por las vías antes comentadas, según proceda.

En cuanto a los daños morales no parece que puedan revestir excesiva importancia pues la pérdida o deterioro del producto no debe ser muy "dolorosa", pues realmente estos van aparejados a los daños personales y muerte en los cuales no hay franquicia según la propia norma.

El establecimiento de una franquicia en los daños materiales se debe al deseo de evitar una excesiva proliferación de pleitos sobre la cuestión, si bien es lógico coincidir con ALCOVER GARAU que cuando la suma de los daños individualizados supere la franquicia debe aplicarse la protección legal. También cabe decir que deben crearse vías más rápidas y eficaces para las reclamaciones de cuantía inferior pues ello provocará sin duda desprotección.

Para la prueba de los daños y perjuicios el artículo 5 asienta el principio base de todo el moderno sistema de responsabilidad: el perjudicado ha de probar el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos. Para ello, pensamos, debe atenderse al uso adecuado y la diligencia esperable del usuario, pero si hay daño y defecto existe nexo, salvo causa de exoneración que debe probarse. Para ello, las normas técnicas de normalización en la fabricación de los productos y su observancia servirán de criterio de control a tales efectos.

También debemos atender a la prueba de presunciones que es hábil para inducir la relación causal como recuerda la sentencia de la A.P. de Córdoba de 8/11/94 que la conecta con los artículos 25 y 26 de la Ley de Consumidores que protegen al consumidor de una prestación no idónea e incorrecta. Basándose en los indicios deduce que el incendio operado en un vehículo reparado en un taller y que derivan de que "el accidente se produjo a las pocas horas de sacar el vehículo del garaje, de forma sorpresiva e inesperada, y cuando el usuario del mismo hacía un uso totalmente normal"; en razón de que a esa inmediatez temporal entre el servicio prestado y el resultado producido se une otro factor de importancia decisiva "cual es la entidad del servicio prestado ya que la razón por la que el turismo fue llevado al taller era precisamente el calentamiento anómalo del motor". Seguidamente, analiza el sistema establecido por la Directiva 85/374 que posee una doble proyección: una, excepcional, de carácter objetivo de su artículo 28 y otra normal de índole cuasi-objetiva en su artículo 25 que presume la culpa por la que basta al reclamante acreditar el daño y la relación de causalidad entre el mismo y la utilización del vehículo. Siguiendo al Tribunal Supremo, establece la inversión de la carga de la prueba de manera que para exonerarse de su obligación de indemnizar ha de probar, o bien un uso indebido, negligente o temerario por el usuario, o bien que ha cumplido por su parte todas las previsiones que le son exigibles. Como nada de ello se ha probado "ante el cúmulo de datos indiciarios que permiten inducir la relación causal" se condena al taller de reparación.(Cfr.STS 20/10/90 y 23/5/91)

La STS de 1/2/95 nos recuerda que los artículos 1249 y 1253 CC dedicados a las presunciones no operan en los casos en que se obtienen claras conclusiones por otras vías objetivas de prueba como la documental.

Las causas de exoneración de responsabilidad están recogidas en el artículo 6 y recogen varias posibilidades que atienden a criterios diversos. Un primer grupo de causas generales son aquellas que exigen prueba por parte del fabricante o importador pues sólo juegan cuando estos demuestran:

- a) Que no habían puesto en circulación el producto.
- b) Que, dadas las circunstancias del caso, es posible presumir que el defecto no existía en el momento en que se puso en circulación el producto.
- c) Que el producto no se fabricó para su venta o distribución con finalidad económica, ni tampoco fabricado, importado, suministrado o distribuido en el marco de una actividad profesional o empresarial.
- d) Que el defecto se debió a que el producto fue elaborado conforme a normas imperativas existentes. Se ha de referir a normas técnicas normalizadoras de esa actividad productiva industrial que sirven de criterio básico para contrastar estos supuestos de responsabilidad objetiva como ha consagrado la jurisprudencia.
- e) Que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto. Se incorpora aquí una causa de exoneración utilizada en otros campos cual es la del estado de la técnica, es decir, que los medios y conocimientos aplicables en aquél momento a la producción no permitían razonablemente conocer que el producto era defectuoso. Esta causa no opera en el caso de que se trate de medicamentos, alimentos o productos destinados al consumo humano, pues los sujetos responden en todo caso.

Por otra parte, cabe una exoneración parcial de responsabilidad en favor de uno de los sujetos que participa en el proceso de producción: el fabricante o importador de una parte integrante de un producto terminado no serán responsables si prueban que el defecto es imputable a la concepción del producto al que ha sido incorporada o a las instrucciones dadas por el fabricante del producto. Ello es lógico en cuanto se trata de una "mala utilización" del

componente a la que es ajeno el sujeto exonerado pues no participa en la producción final del producto o sigue instrucciones del fabricante.

Finalmente, para asegurar la eficacia de la norma se introduce una reforma en el artículo 30 de la ley de Consumidores merced a la cual el Gobierno prevé la posibilidad de establecer un seguro obligatorio de responsabilidad civil por los daños causados por los productos o servicios defectuosos y un fondo de garantía que cubra, total o parcialmente, los daños consistentes en muerte, intoxicación y lesiones personales. Con ello se pretende asegurar el resarcimiento mediante el progresivo establecimiento de lo que se ha dado en llamar "una sociedad de seguros" en la que toda actividad de riesgo ha de ser cubierta con el correspondiente contrato de cobertura de responsabilidad.

Esta Ley es aplicable a los productos puestos en circulación con posterioridad a su entrada en vigor el día 8 de Julio de 1994. Con ella se completa el panorama amplio del régimen jurídico de responsabilidad aplicable a los productos informáticos si bien, como hemos dicho, habremos de atender al tipo y contenido concreto de los contratos que con respecto a los mismos se celebren por las partes, si bien estos han de respetar en sus cláusulas los límites ya apuntados. Por tanto, se debe distinguir en cada supuesto cuando estamos ante un incumplimiento contractual que faculta para resolver el contrato y cuando entra en funcionamiento la obligación de garantía, cuyas consecuencias están reguladas por la teoría general del contrato y las cláusulas válidas del mismo. Por otra parte, existen supuestos de responsabilidad extracontractual en los que el afectado puede ser el mismo adquirente o un tercero y que se regulan por la vía de la responsabilidad extracontractual establecida por la Ley.

En este campo, la doctrina ha venido distinguiendo la responsabilidad del fabricante del hardware regida por una responsabilidad objetiva que impone la obligación contractual de reparar el vicio o defecto del equipo y la extracontractual de responder por los daños ocasionados a terceros. Normalmente, los defectos suelen ser fácilmente subsanables, pero los daños, más que físicos, suelen consistir en quebrantos económicos difícilmente mensurables.

En el campo del software se diferencia el sistema operativo cuando éste proviene del propio productor de los equipos por lo que en caso de error hace inviable la obtención de determinadas utilidades del equipo y se vincula a este. Cuando procede de otro fabricante, se habrá de tener en cuenta la relación entre el sistema operativo elegido y el equipo en el que se pretende utilizar, pues

la atribución de responsabilidad depende de la idoneidad objetiva de uno y otro; en caso de error en el sistema operativo, deberá el acudirse a los criterios de responsabilidad por el producto antes apuntados. En cuanto a los programas es más difícil poder mensurar adecuadamente la medida en que un fallo en la concepción o elaboración del mismo pueden provocar el daño, no obstante, podemos considerar que si no se alcanza el resultado comprometido por el fabricante o vendedor, según sus deberes contractuales, deberá valorarse el alcance del daño que ello produce al usuario a efectos de su reparación.<sup>31</sup> Es necesario, por tanto, que el fabricante, importador o proveedor de los productos informáticos suscriba un contrato de seguro para cubrir la responsabilidad, legal o contractual, por los daños que su actividad ocasione y asegurar la indemnización.<sup>32</sup>

### **III LA RESPONSABILIDAD DEL PROFESIONAL PRESTADOR DE SERVICIOS INFORMATICOS.**

#### **1- El status del profesional.**

La posibilidad de elegir libremente una profesión u oficio es una auténtica "conquista" social pues supone consagrar una autonomía de decisión personal en orden a la posibilidad de decidir el libre desarrollo de nuestra personalidad en una esfera tan esencial como la del trabajo. Pero ello no pasaría de ser una mera retórica sino se pudiera igualmente acceder a los conocimientos y técnicas profesionales que capacitan al sujeto para ostentar ese "status" profesional que le identifica y distingue. Por tanto, la libertad de acceso a la profesión forma parte de esos principios fundamentales del orden político y la paz social que la Constitución consagra.<sup>33</sup> La profesión se define como "el empleo, facultad u oficio que cada uno tiene y ejerce públicamente", lo cual implica una "publicidad natural" pues se realiza de forma pública y notoria ante los demás. Existe, por otra parte, una "publicidad formal" que se deduce de determinados

■<sup>31</sup> Vid. "Computers..." .cit. pág.75 y ss

■<sup>32</sup> Sobre el contenido usual de tales contratos de seguro, véase Linant de Bellefonds y Hollande:" Droit de l'Informatique".París, 1984, página 208 y siguientes.

■<sup>33</sup> Vid. Gálvez en "Comentarios a la Constitución".Dir. G.Falla, Madrid, 1985

instrumentos que patentizan esa cualidad: expedición del título correspondiente, colegiación, inscripción en un registro específico, etc... Merced a ello cabe entender la profesión como una ocupación que requiere una formación específica previa, que está gobernada por su propio código de conducta deontológica.<sup>34</sup>

Lo que caracteriza a la profesión así entendida son los saberes intelectuales, científicos y técnicos, que se han de aplicar en su ejercicio y cuya posesión por el sujeto se sobrentienden y forman la base del reconocimiento social de esa actividad. Hay por tanto, un "núcleo esencial de saberes " cuya adquisición y dominio puede estar, o no, refrendada oficialmente y formalmente por un título expedido al efecto. El profesional tiene así una cualificación especial: es aquella persona que posee los conocimientos y la experiencia necesaria para aplicarlos adecuadamente en el ejercicio de su actividad. En consecuencia, la titulación o colegiación no son los elementos que identifiquen al profesional, sino su nivel técnico o científico, su experiencia y su aptitud para asumir y desempeñar las tareas aparejadas a su actividad.

Según desempeñe su labor podremos obtener los criterios necesarios para medir el grado de cumplimiento de sus obligaciones profesionales y establecer la medida de la responsabilidad que le es imputable por las consecuencias del desempeño de las mismas. Incurrirá en ella si no llega a alcanzar el nivel de competencia que cabe esperar razonablemente de él, lo cual implica una titulación adecuada y una continua puesta al día en consonancia con la evolución de los conocimientos y las técnicas de su campo de actuación profesional.

De los artículos 35 y 36 CE cabe deducir que no se identifica la profesión con el "modus vivendi", pues puede ser una simple expresión de la personalidad del sujeto sin necesidad que se obtengan rendimientos económicos de su ejercicio. Igualmente, esta capacitación previa implica la consagración de una esfera o área de libertad profesional, entendida en dos sentidos:

- Libertad de elegir voluntariamente una profesión determinada.

■<sup>34</sup> Vid. Souviron Morenilla: " La configuración jurídica de las profesiones tituladas en España y en la CEE". Madrid, 1988

- Libertad de ejercicio de la profesión como consagración de una esfera de libre decisión del contenido de los actos del profesional.

No obstante, el interés general impone unas ciertas intervenciones de distinto tipo:

- Unas se basan en los llamados "presupuestos subjetivos de ejercicio profesional" referidos a los conocimientos y aptitudes previas exigidos al sujeto.

- Otras se basan en "presupuestos objetivos", que implican unas condiciones previas que el sistema impone para acceder a la profesión: numerus clausus, oposiciones, pruebas o colegiación.

- Las intervenciones "de ejercicio" están referidas al desempeño de esa actividad: honorarios, tasas, impuestos, etc...

La importancia de todo ello exige que la regulación del ejercicio de tal actividad se haga por "Ley" o "en base a una Ley" permitiendo que las cuestiones esenciales las regule una norma jurídica de este rango, aunque su desarrollo posterior se haga por vía reglamentaria. Ello se debe a que en esta materia el interés público es bien patente pero limitado por el respeto a la libertad de la persona y a los valores antes apuntados. De ahí que se haya consagrado un contenido esencial que asegura un marco de libre decisión y actuación al profesional responsable que ninguna norma puede invadir.(art.36 CE) En consecuencia, podemos afirmar que ninguna norma, legal, colegial o empresarial puede invadir ese "ámbito de libertad" de ejercicio asegurado al profesional que se basa en el "núcleo esencial" de saberes y aptitudes exigidos para desempeñar la profesión.<sup>35</sup>

Esto implica una independencia profesional que no se empaña por el hecho de que este realice su actividad por cuenta propia, como autónomo, o mediante una relación funcional o laboral por cuenta ajena. Su libertad e independencia está referida a ese marco de libre actuación responsable que se plasma en la posibilidad de decidir el contenido de sus actos de esta índole libre de injerencias o imposiciones inadmisibles.

■<sup>35</sup> Vid. Sáinz Moreno:" Comentarios a las Leyes Políticas".EDERSA, Madrid, 1985

En lo que a nosotros interesa es básico referirnos a la profesión sujeta o reglamentada cuyas condiciones de acceso y ejercicio están reguladas por normas, pero además para su desempeño se exige la posesión de un título previo que acredita la capacitación adecuada; de ahí surge el concepto de profesión titulada que es aquella para la que el título capacita. Esa reglamentación profesional ha de respetar aquel marco de independencia y libertad del que antes hablábamos, pues se trata de una libertad responsable en base a la cual se valora la idoneidad técnica y científica de la conducta profesional, constatando si sus actos se adecuan o no a las reglas que rigen su profesión y de ese juicio se obtiene la base para una posible pretensión por incumplimiento contra el profesional.

De todo ello se deduce la necesidad de elaborar un catálogo de categorías de los profesionales informáticos y la relación de competencias, titulaciones y reglas de actuación, para ello sería útil la creación de un Colegio Profesional u otro organismo similar que coordinara tales cuestiones y actividades.

## **2- El profesional prestador de servicios. Consecuencias de su actuación.**

Dependiendo del tipo de profesión y el vínculo que liga al profesional con el destinatario de sus servicios podremos establecer si estamos ante una obligación de medios que implica un deber de diligencia, con una responsabilidad que se basa en un criterio subjetivo o de culpa, o bien se trata de una obligación de resultado, sometida profesionalmente a una reglas técnicas y cuya responsabilidad es objetiva, ajena a toda idea de culpa. Básicamente, el problema a solucionar es el de la valoración de las dos fases que componen el acto profesional: la concepción y su ejecución o resultado. Para ello podemos atender a dos criterios diferentes: en primer lugar, contrastar se la actuación profesional se ajusta a las reglas del arte u oficio que rigen su profesión ("Lex Artis") valorando la diligencia y conocimientos desplegados; o podemos atender al resultado, en la medida que sea el que debe obtenerse como consecuencia de la adecuada aplicación de las "normas técnicas".

En el primer caso, buscamos un nexo causal entre la conducta y el resultado, basándonos en un criterio subjetivo: si se puso o no la diligencia adecuada al caso; en el segundo, utilizamos un criterio objetivo analizando el resultado obtenido, basándonos en las reglas técnicas que "normalizan" ese tipo de actuación.

En esta tarea es imprescindible distinguir si estamos ante una obligación de medios o de resultado, y para ello seguimos a la doctrina según la cual "en la prestación de actividad, el deudor se compromete únicamente a su esfuerzo y por consiguiente cumple cuando este esfuerzo ha sido desarrollado. Si existe una actividad del deudor destinada a cumplir, habrá sólo cumplimiento defectuoso en la medida en que no observe una diligencia normal. En cambio, si la prestación es de resultado el deudor no compromete su actividad, sino también el resultado que ha de obtenerse con ella. Por eso, si hay actividad, pero no resultado, no habrá cumplimiento aunque defectuoso, sino verdadero y propio incumplimiento". En consecuencia, cabe concluir que la prestación de actividad forma parte de un contrato de trabajo o de servicios, por el que el profesional se compromete a desplegar su actividad diligente, mientras que la de resultado se integra en el contrato de ejecución de obra.<sup>36</sup>

La sentencia del Tribunal Supremo de 24/12/1994 deja muy claro en que consiste esta relación jurídica cuando dice que en supuesto en que se contratan servicios se configura un negocio consensual, oneroso, bilateral y conmutativo en el que su objeto viene determinado por una por una específica actividad que se presta por una de las partes a la otra, pero no se compromete ni se contrata un efectivo resultado, por lo que el negocio se concreta a llevar a cabo la actividad pactada, aunque la misma se oriente a producir el resultado que se espera de la prestación recibida. Igualmente, resalta la imprescindible colaboración de la otra parte para que la actividad desplegada sirva para lograr el resultado previsto, pero no comprometido; es el deber de diligencia y colaboración del receptor del servicio. Como dice la STS de 7/2/95 en el arrendamiento de servicios no es determinante la consecución del resultado, al contrario que en el de ejecución de obra.

En el primer tipo de contrato aunque no se logre el resultado el profesional ha cumplido si despliega toda su diligencia conforme a los conocimientos y prácticas exigibles según el estado de la ciencia o arte y del momento y los medios puestos a su alcance; de manera que le será imputable el no lograr el resultado cuando medie una conducta ignara o negligente conforme a su "lex artis" profesional. En el segundo, valoramos el resultado, de suerte que si no se ha alcanzado existe responsabilidad por incumplimiento del objeto

■<sup>36</sup> Vid. Díez Picazo: "Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial". Madrid, 1986, vol.1º

comprometido en el contrato, con abstracción de cualquier valoración subjetiva de conductas; nos valemos de las normas técnicas que normalizan esa actividad. En razón de ello, la doctrina francesa denomina a las primeras como "normas de saber hacer" y a las segundas "normas de resultado". A título de ejemplo, podemos citar en el primer caso a un médico y en el segundo a los profesionales de la construcción.<sup>37</sup>

Aplicando todo ello al campo del profesional de la informática podemos concluir que esta es una profesión titulada y reglada que implica la adquisición previa de unos conocimientos y aptitudes que son esperables merced a la acreditación profesional que se ostente. A la hora de establecer la responsabilidad civil por su actuación habremos de atender a la circunstancia concreta de cada caso: tipo de relación que le liga con el sujeto que ha sufrido el daño, sea contractual o extracontractual y cual fue el compromiso adquirido. No obstante, podemos ya avanzar que conforme a las líneas que la jurisprudencia actual mantiene y a la legislación futura sobre la materia, al informático se le aplica la responsabilidad objetiva como prestador de servicios, tal y como se deduce de la Propuesta de Directiva CEE de 9 de noviembre de 1990, pues en virtud de esta se invierte la carga de la prueba en favor de la víctima. A tenor de su artículo 1 el prestador de servicios es responsable del daño causado por su culpa en el marco de la prestación del servicio, ya sea a la salud y a la integridad física de las personas, o a la integridad física de los bienes muebles o inmuebles, incluidos los que sean objeto de la prestación.

En consecuencia, si el profesional ocasiona un daño de cualquier tipo, personal o económico, como consecuencia de su actuación, éste le será imputable pues la carga de la prueba le incumbe a él. Así, el informático que daña el sistema, o los equipos u ocasiona un defectuoso funcionamiento de los mismos deberá responder por el mismo, salvo que pruebe que ello obedece a una causa externa a su actuación que él no pudo prever o impedir. El artículo 4 entiende por daño a tales efectos:

a- el daño directo causado por la muerte o por cualquier atentado a la salud o la integridad física de las personas.

■<sup>37</sup> Vid. Pennau: "Regles de l'art et normes techniques". París, 1989 y Hoorens y otros: "Les contrats..." cit. pág.19 y siguientes.

b- el daño directo causado por cualquier atentado contra la integridad física de los bienes muebles o inmuebles, incluidos los animales cuando sean de un tipo destinado normalmente al uso o consumo particular.

c- los daños materiales de carácter económico derivados de los anteriores.

Será prestador de servicios cualquier persona física o jurídica que en el marco de su actividad presta cualquier prestación a título profesional o de servicio público, de forma independiente, a título oneroso o no. En este concepto se incluye a los que proporcionan tales servicios utilizando un representante o cualquier otro intermediario jurídicamente dependiente. Esta responsabilidad no se atenúa aún cuando el daño sea causado conjuntamente por culpa suya y por intervención de un tercero, pero sí se atenúa o desaparece cuando a concurrencia de culpas de la víctima o de una persona de quien esta sea responsable. En consecuencia, cuando el profesional actúe por cuenta ajena hemos de aplicar las normas del Código civil relativas a la responsabilidad por hechos de terceros, siendo responsable su empleador, pero pudiendo éste repetir contra su empleado. Cuando la responsabilidad recaiga sobre varias personas estamos ante un supuesto de solidaridad, con independencia de la acción que cada una tenga contra la otra para repetir aquello que hubo de pagar por ella. En ningún caso, se admite que el prestador del servicio aplique en el contrato una cláusula limitativa o de exclusión de responsabilidad, pues esta será nula.

Finalmente, corresponde a la víctima probar la existencia efectiva del daño y la relación de causalidad entre éste y el servicio prestado, pero debe ser el prestador quien pruebe la ausencia de culpa de su parte para lo cual es esencial atender a su comportamiento quien debe garantizar la "seguridad que cabe esperar legítimamente". Esta es la cuestión más polémica del texto en cuanto que supone la inversión de la carga de la prueba lo cual implica subvertir todo el sistema de responsabilidad profesional. Hasta ahora, era la víctima la que debía probar la existencia del daño y el nexo causal de éste con la actuación del profesional, favoreciendo al prestador la presunción de ausencia de culpa. En consecuencia, no es tanto que se presuma la culpa, sino que debe el prestador demostrar que en su actuación no medió culpa de su parte; por ello más que aplicar los principios de la llamada responsabilidad objetiva, se trata de la consecuencia de la aplicación de la llamada "teoría del riesgo" al campo de la prestación de servicios.

Por otra parte, esta corriente no sólo afecta al prestador de servicios que actúa en régimen de autonomía e independencia, sino también a los que trabajan bajo su dependencia. Igualmente, las sociedades de profesionales quedan sometidas a este régimen en la medida de que son personas jurídicas prestadoras de servicios que se valen de sus socios y personal dependiente.

Así pues, el prestador de servicios informáticos debe responder por toda actuación en la que no actúe conforme a los dictados de las normas técnicas y deontológicas que integran el "código profesional". Su preparación, su diligencia y la vinculación con el destinatario de tal servicio serán la base para imputarle la cuota de responsabilidad que le incumbe por el resultado lesivo de su actuación. El problema es que según el tipo de actividad o servicio que se demande se tratará de una obligación de medios o de resultado, con lo que los criterios han de variar.

### **3- El profesional funcionario o asalariado.**

No cabe la menor duda de que la actividad del profesional informático puede desarrollarse con plena autonomía e independencia y también en el seno de una estructura organizada como sociedad, empresa o funcional. El fenómeno de las sociedades de profesionales ha crecido de forma notable en nuestro país por cuanto es muy útil a la hora de aunar medios, conocimientos y actividades que se complementan y conjuntan, sin que ello implique una relación de dependencia entre sus miembros, salvo cuando la sociedad a su vez contrata un personal bajo su dirección. Ello no implica modificar la cuota de responsabilidad, en cuanto que la sociedad será responsable de la actuación de sus socios- profesionales, así como la personal dependiente de la misma. Téngase en cuenta que la constitución de la sociedad en ningún caso puede servir para defraudar esa obligación de responder que pesa sobre sus miembros y personal.

Más interés posee el caso del profesional que presta sus servicios en un régimen de relación laboral con un empresario o funcional con una Administración. Las notas de ajeneidad, dependencia y subordinación a las ordenes o directrices de la empresa, sociedad u Organismo, no puede suponer de ninguna manera un menoscabo de la independencia técnica y deontológica que el status del profesional le asegura, tutelada por la Ley en aras de respetar ese contenido esencial de su libertad profesional.

En consecuencia, cualquier conflicto que pudiera plantearse entre la directriz ordenada por el empresario, sociedad u Organismo, y las normas o reglas que regulan su actividad profesional debe ser resuelto en favor de estas. Ello quiere decir que la independencia del profesional ha de quedar siempre a salvo de injerencias inadmisibles en cuestiones sustanciales de los actos profesionales, por los que el autor de los mismos debe responder, en razón de lo cual debe ostentar la capacidad de decidirlos. Tales normas pueden ser deontológicas o de carácter técnico, pero forman el conjunto normativo rector de una actividad de servicio profesional que impone una conducta determinada al sujeto. Se trata de una obediencia limitada pues su capacidad de decisión debe quedar asegurada pues jerarquía no implica sumisión, sino mayor conocimiento y potestad de planificar o coordinar esfuerzos.

En el ámbito laboral la cuestión es aún más clara pues existe una interesante figura denominada desobediencia técnica que impide un abusivo ejercicio de la potestad de dirección del empresario. El artículo 5 del estatuto de los Trabajadores establece como un deber básico de estos el de "cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas". Pero ese deber de obediencia tiene unos límites: que las ordenes recibidas sean legítimas. Será ilegítima o improcedente una orden que ha sido impartida por persona no cualificada o incompetente para ello (subjetiva) o por que su contenido sea ilícito. (objetiva)

Efectivamente, toda orden ha de reunir unos requisitos formales y de contenido para ser legítima:

- Licitud moral: no debe ser contraria a la moral o ética social o buenas costumbres: son aquellas que infringen el mandato ético de una norma.
- Licitud penal: no deben constituir ni implicar un delito o falta.
- Licitud laboral: no pueden infringir los derechos del trabajador.

Ello quiere decir que cualquier orden que suponga por su contenido una consecuencia lesiva para los derechos del propio trabajador, para los derechos o bienes de terceros o para la sociedad en general, o bien suponga la comisión de un delito o falta, es considerada ilícita y, por tanto, susceptible de desobediencia. La Sala 6ª del Tribunal Supremo cuando analiza las notas esenciales del contrato de trabajo lo tipifica como una prestación personal de

servicios en un régimen de ajeneidad, retribución y dependencia pero considera esta " no como una subordinación rigurosa, sino como inserción del sujeto en el ámbito de organización y dirección del empleador". El problema es que la frontera entre el contrato de prestación de servicios y el de trabajo es muchas veces borrosa e imprecisa como el mismo Alto Tribunal reconoce.(Cfr. STS 6ª de 25/2/88 y 12/9/88)

Todo ello nos permite concluir que las reglas que rigen el actuar profesional constituyen un límite al poder de dirección del empresario que no puede invadir esa esfera de decisión que el profesional tiene reconocida como integrante de su status profesional, pues el contenido esencial de los derechos reconocidos en la Constitución forma un núcleo inabordable para ese poder.(Cfr. TCT 21/7/88) La postura de " calla y reclama" no es admisible pues si la orden implica un delito o falta o infringe una lesión a un derecho o bien protegido, el profesional debe negarse a su cumplimiento, sin que pueda alegar obediencia debida. En la práctica, ordenes que implican un perjuicio grave e irremediable, suponen vejaciones o un riesgo inaceptable, han sido consideradas como ilícitas.(Cfr.STCT 26/6/80)

En concreto, cuando dicha orden carece de fundamento técnico o es contraria a la *lex artis* o normas técnicas que rigen la actividad profesional, puede suponer un resultado dañoso para terceros, acarrear un menoscabo al prestigio profesional, o cualquier otra consecuencia injusta que impone una obligación de responder por su comisión. Luego si se responde por el acto, se debe estar en condiciones de decidir libremente, por lo que la autonomía técnica ha de quedar salvaguardada en todo caso.(Cfr.STS 6ª de 6/7/82)

En definitiva, una actividad sólo es profesional cuando se realiza bajo el principio de responsabilidad personal del actor, responsabilidad que sólo existe cuando éste dispone de la adecuada y necesaria libertad de actuación. Partiendo de la cualificación profesional que cabe presumir del profesional en función del título y puesto que desempeña podremos valorar el nivel de exigencia de conocimientos y diligencia que cabe esperar de su actuación y, en base a ello, valorar el alcance de su cuota de responsabilidad en el resultado lesivo que se haya producido como consecuencia de su actuación. Atenderemos igualmente al tipo de obligación contraída, circunstancias concretas del caso y vínculo que le liga con el afectado, sin admitir en este caso tampoco cláusulas que le exoneren de una responsabilidad que, en principio le atañe.

Todo lo anterior pone de manifiesto que la actividad del prestador de servicios informáticos es una actividad de riesgo y por ello el profesional debe asegurar la cobertura de tales riesgos merced al correspondiente contrato de seguro que contemple esos eventuales daños.<sup>38</sup>

#### **IV - LA RESPONSABILIDAD DEL TITULAR DEL FICHERO AUTOMATIZADO.**

##### **1- Introducción:**

Tal vez sea este el supuesto más "nebuloso" dada la ausencia de un régimen jurídico concreto que aplicar a los casos que se pueden plantear pues la legislación existente es incompleta, lo que nos obliga a tener en cuenta el régimen general apuntado en la primera parte de nuestro trabajo. De salida, no cabe distinguir entre los ficheros de titularidad pública y los privados a efectos de cubrir la responsabilidad pues, en ambos casos, existe la obligación de responder por lo daños y perjuicios de todo orden que pueden producirse como consecuencia de la actividad de riesgo que la gestión de estos ficheros implica. No cabe por tanto, consagrar una exoneración previa en favor de nadie, sino establecer unos criterios de delimitación a la hora de la atribución de responsabilidades.

El tratamiento automatizado de datos es una actividad de riesgo en la que cabe exigir unas cautelas que se acentúan en los ficheros que contienen datos sensibles. Puede haber accesos no autorizados, autorizaciones inadmisibles, desaparición de datos, errores en los mismos, cesiones in consentidas, y otras circunstancias de las que se deduzcan daños y perjuicios para las personas afectadas. Tales consecuencias pueden ser de diversa índole pues varían según la causa que las origine: condenas penales no borradas, detenciones basadas en datos erróneos, sanciones administrativas, pérdida de bienes o derechos patrimoniales, denegación de créditos, etc... son apenas algunos ejemplos de lo que se puede producir como consecuencia de una actuación negligente del titular del fichero.

■<sup>38</sup> Vid. Van Houte:" El seguro de responsabilidad civil profesional de los informáticos".Rv. Informática y Derecho, nº 4 de 1994, página 445 y siguientes.

Esta actividad está sometida a una serie de principios de los que se deducen a su vez un catálogo de deberes. Tales principios podrían sintetizarse de la siguiente forma:

- Principio de respeto a los derechos de las personas consagrados en la Ley.
- Principio de responsabilidad por los riesgos y consecuencias que la actividad de tratamiento comporta.
- Principio de calidad de los datos: licitud de adquisición y finalidad, adecuación, veracidad, oportunidad, exactitud, seguridad, caducidad y secreto de estos.

Como hemos señalado, de estos principios se deducen unos deberes que atañen al titular responsable del fichero y a los sujetos que desempeñan labores con relación al mismo y de cuyo cumplimiento responde el titular.

Puede destacarse como el supuesto más interesante, a nuestro juicio, sea el de los ficheros de titularidad privada en los que la información se utiliza como un producto o servicio que se ofrece a los clientes y su actividad es más difícil de controlar pues nosotros estamos continuamente facilitando información personal. Desde el alumno que rellena el impreso de matrícula y la ficha de asignatura, al cliente que solicita el crédito o la tarjeta, al huésped que facilita sus datos al hotel, todos "cedemos" información que, bien tratada, se convierte en la primera y más importante mercancía de la actualidad. Es necesario, por tanto, establecer unas condiciones básicas para el ejercicio de esta actividad de adquisición, tratamiento y cesión de datos para los ficheros, sean públicos o privados.

En todo caso, el respeto a los derechos reconocidos en la LORTAD incumbe a todos ellos, públicos y privados, pero en estos últimos es más difícil controlar el uso adecuado de los mismos. Aunque la LORTAD no establece un régimen específico de responsabilidad civil, ya que se remite a la legislación general para esta materia en su artículo 17 como afirma DEL PESO, si podemos obtener de ella el capítulo de deberes que el titular del fichero debe observar y de cuya inobservancia se pueden deducir los daños a reparar.<sup>39</sup>

■<sup>39</sup> Vid. "Confidencialidad y seguridad de la información: la LORTAD y sus implicaciones socioeconómicas". Madrid, 1994 y Carrascosa López: "La LORTAD: una necesidad en el panorama legislativo español". Rv. Informática y derecho, n° 6/7 de 1994

## **2- La figura del responsable o titular del fichero:**

Por otra parte, la propia Ley hace referencia a la figura del responsable si bien no delimita de forma clara su concepto.<sup>40</sup> Inicialmente, a tenor del artículo 3.d, se trata de la persona física o jurídica, pública o privada, u órgano administrativo " que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento". Realmente, el término adecuado hubiese sido el de titular pues se trata de aquél sujeto que posee la capacidad para decidir el tratamiento, ya sea ejecutándolo por si mismo o mediante personas a su cargo. Esta facultad de decisión implica todos los aspectos de organización del fichero, su contenido, gestión, transmisión, puesta al día, borrado de datos, etc... es el responsable del exacto cumplimiento del catálogo de deberes que impone la Ley y quien debe soportar las consecuencias de su infracción.

No obstante, esta distinción entre titular y responsable si aparece en el artículo 10 podría obedecer, a nuestro juicio, a la posibilidad de desligar al titular, autoridad u organismo en el caso de fichero público, y responsable, funcionario o técnico que está al frente de la gestión del fichero y con ello "romper" el nexo o vínculo de cobertura de responsabilidad entre el organismo(Administración) y el funcionario encargado de esas tareas. Esta posible ruptura del vínculo no se aplicaría en ningún caso en los ficheros de titularidad privada dada la postura que la jurisprudencia mantiene con respecto a la responsabilidad civil del empresario y en cuanto a los públicos será una de las más interesantes cuestiones a resolver.

En el campo de los ficheros públicos, nos estaremos refiriendo a la persona o autoridad que esta al frente del organismo titular del fichero; en el campo privado, se trata del empresario o empresa titular del mismo. Por ello el autor antes citado distingue la figura del titular-responsable de las personas que bajo su dirección, con mayor o menor autonomía, ejecutan las ordenes y directrices marcadas para el tratamiento; incluso introduce la figura del administrador de los datos, que a veces coincide con el anterior, pero

■<sup>40</sup> Esta figura ha sido estudiada por Del Peso Navarro en:" La figura del responsable del fichero de datos de carácter personal en la LORTAD".Rv Informática y Derecho, nº 6/7, trabajo al que nos remitimos.

necesariamente debe ser una persona física; esta figura se asemeja al responsable del tratamiento que sería aquella persona que dirige técnicamente el tratamiento, pero es inadecuado llamarle responsable pues se trata de un director técnico, co-responsable si llega el caso, pues es que dirige y decide un tratamiento determinado.

Por tanto, la persona por cuya cuenta y riesgo se realiza la actividad de tratamiento del fichero, sea persona física o jurídica, es la que debe velar por el exacto cumplimiento de los imperativos éticos que la Ley consagra como deberes a cumplir en la actividad de tratamiento desarrollada en el fichero. En otro caso, responderá por los daños y perjuicios que este incumplimiento cause. Por eso puede suceder que el titular del fichero no posea conocimientos técnicos en la materia, que si son exigibles a quien dirija el tratamiento, pero si debe conocer los imperativos éticos que se han de observar en los mismos; a la par debe velar por la cualificación técnica del personal y el exacto cumplimiento, técnico y legal, de sus funciones ya que va responder de ello.

En definitiva, no cabe la creación de " categorías interpuestas " a efectos de responsabilidad entre el titular y el fichero, pues de acuerdo a lo dispuesto en nuestro Ordenamiento, el titular, empresario o Estado, responde de forma objetiva y directa por los daños que la actividad riesgo del fichero cause a las personas en sus bienes y derechos.

### **3- Catálogo de deberes exigibles:**

Partiendo de los principios antes enunciados y consagrados en la LORTAD se pueden deducir unos deberes de conducta exigibles a los sujetos relacionados con el fichero y su tratamiento, según la cualificación de cada sujeto y las funciones que desempeñen en esa actividad, les serán exigibles unos u otros en mayor o menor grado. En todo caso, el titular responde por todos ellos, deberes y sujetos, según los actuales criterios de responsabilidad, salvo excepcionales casos de exoneración legalmente prevista y debidamente probada.

Tales deberes han sido sintetizados por DEL PESO de la siguiente forma:<sup>41</sup>

■<sup>41</sup> Vid. " La figura..." cit. página 258 y siguientes.

#### 1- Deber de publicidad:

Ha de ser conocida la existencia del fichero mediante se oportuna inscripción, así como identidad y dirección la de su titular para lo cual se crea el Registro General y se notifica a la Agencia de Protección de datos.

Con ello se asegura la posibilidad de poder dirigir adecuadamente la acción de responsabilidad contra el sujeto o sujetos responsable del fichero.

#### 2- Deber de seguridad:

Afecta al contenido del fichero para evitar pérdidas, fugas o usos indiscriminados o prohibidos por la Ley. Se trata de un deber de diligencia en la gestión y administración del fichero que se acentúa conforme la "sensibilidad" de los datos almacenados acrecienta el riesgo por su pérdida o uso indebido.(art.9.1) No se pueden registrar datos personales si no se reúnen las condiciones de seguridad necesarias en cuanto a equipos, programas, sistemas y locales que permitan impedir cualquier quiebra de este deber de seguridad.(9.2)

#### 3- Deber de secreto:

Es uno de los más interesantes por cuanto impone una conducta silente a los sujetos que por sus relación con el fichero tienen acceso a los datos objeto de tratamiento. Este deber pesa sobre todos aquellos que intervienen en cualquier fase del tratamiento y se extiende no sólo al tiempo en que realizan estas tareas sino también con posterioridad a la finalización de su relación con el titular del fichero.(art.10) Esto implica el evitar el llamado "ruido informático" que se produciría en caso de que tales datos pudieran ser revelados o utilizados inadecuadamente por las personas que están relacionadas con el fichero según sus diversas actividades. De otro lado, el deber de lealtad, derivado de la buena fe, que liga al funcionario o empleado con el titular del fichero se mantiene incluso después de terminada la relación entre ambos de suerte que no puede revelar los datos a los que tuvo acceso por su trabajo ni, menos aún, "llevárselos" a su nueva actividad o empresa.

#### 4- Deber de rectificación y cancelación de datos:

Estos deberes le incumplen en cuanto titular diligente del fichero pues debe proceder a cumplir este mandato, no sólo cuando así se lo exija el afectado o una autoridad competente, sino por sí mismo en cuanto es un modelo de conducta que tiene que observar necesariamente pues así se lo exigen las normas que disciplinan su actividad.(art.15) Paralelamente, este deber implica el facilitar en todo momento el ejercicio de los derechos y garantías que la Ley consagra en favor de los ciudadanos para conocer y acceder a los ficheros que les conciernen.(art.14)

#### 5- Deber de indemnización:

Es consecuencia lógica de la aplicación de los dictados que regulan la responsabilidad civil a la actividad de riesgo que el tratamiento automatizado implica.(art.17) Debe responder penal y civilmente asegurando la debida reparación de los daños y perjuicios que se puedan deducir de un incumplimiento de los deberes que la Ley impone. Según se trate de un fichero de titularidad pública o privada, la cuestión se resolverá a través de las normas correspondientes.

#### 6- Deber de información:

Supone la puesta en conocimiento de determinadas circunstancias a los sujetos que les afectan y posee una doble faceta. En primer lugar, cuando se produzca la primera cesión de datos deberá comunicarlo al afectado ("dueño" de los datos) así como la finalidad del fichero, la naturaleza de los datos cedidos y el nombre y dirección del cesionario.(art.25.1) Cuando esté referida a ficheros sobre solvencia patrimonial y crédito este deber se acentúa pues el afectado puede solicitar que se le comuniquen los datos y las "apreciaciones" o "evaluaciones" que sobre él se hayan comunicado en los últimos seis meses y los datos de identificación del cesionario.(art.28.2)

Esta es una de las cuestiones más "espinosas" de la Ley por cuanto no suele cumplirse este deber por parte de los titulares de ficheros privados en la medida en que recaban información de la persona con una finalidad (tarjeta de crédito, por ejemplo) y, salvo que se haga constar por escrito la oposición, esos datos se transmiten o venden a otras empresas sin comunicarlo al sujeto afectado. Esta cuestión se deriva del hecho de que el artículo 11 no es demasiado claro pues aunque parece consagrar en su párrafo 1º un derecho de bloqueo al exigir el consentimiento del afectado para la cesión, las excepciones

previstas en el párrafo 2º son tan "elásticas" que en la practica lo hacen quedar bastante "capitidismuido".

Además, la practica empresarial ha creado una suerte de "presunción de consentimiento" para la cesión pues ha de constar la oposición expresa en el documento de recogida de datos, lo cual ha sido muy criticado en cuanto que, de hacer constar el consentimiento expreso, se ha pasado a exigir la oposición expresa. Ello es fruto de la falta de previsión del Legislador pues era de prever que el deber de información no sería escrupulosamente cumplido por las empresas titulares de ficheros privados, aunque hay honrosas excepciones. Este consentimiento es esencialmente revocable, y será nulo cuando no recaiga sobre un cesionario determinado o determinable.

Mayor discrecionalidad se consagra en el artículo 19 cuando se trata de cesión entre ficheros de las Administraciones Públicas, si bien no queda demasiado bien patente la negativa de la cesión de los datos de estos ficheros a los de titularidad privada que debe considerarse prohibida, salvo consentimiento expreso del sujeto afectado.

En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, el cedente viene obligado a comunicar al cesionario las rectificaciones y cancelaciones de datos que se hayan producido y que afecten a los datos cedidos. El cesionario, a su vez, queda obligado al cumplimiento de los deberes consagrados por la Ley en cuanto titular del fichero.

#### 7- Deber de colaboración:

Implica la obligación de cumplir las directrices que los organismos competentes dicten para el desarrollo de sus actividades. En concreto quedan obligados al cumplimiento de las normas establecidas por la Agencia, proporcionarle la documentación e información que ésta recabe y permitir la función inspectora de la misma cuando así se le exija.

Es de destacar que la misma Ley prevé en su artículo 31 la posibilidad de que los titulares de estos ficheros elaboren unos códigos deontológicos que regulen las condiciones de organización, régimen de funcionamiento, procedimientos aplicables, normas de seguridad, programas, equipos, obligaciones de los implicados en el tratamiento y uso de la información y garantías, en su ámbito, para el ejercicio de los derechos consagrados por ella,

con el pleno respeto a los principios y disposiciones legales aplicables. Además, podrán contener las reglas operacionales detalladas de cada sistema y estándares técnicos de aplicación, y si no se incorporan al código directamente, las instrucciones y órdenes que los establecieran "deberán respetar los principios fijados por aquél".

Esta esfera de autonomía de coordinación ética y técnica supone la aceptación de un fenómeno positivo ya existente en otros campos de la actividad empresarial y de prestación de servicios (ej. venta por correo) y sería deseable que se potenciara la formulación de tales acuerdos o convenios. Y ello porque, en sentido estricto, se puede decir que sólo obligan a quienes los firman o se adhieren a ellos, pero no cabe la menor duda de que la jurisprudencia utilizará estos códigos deontológicos como criterios definitivos para medir el nivel de diligencia de los titulares en el desempeño de sus funciones, al igual que lo hace en otros campos de la responsabilidad civil con conceptos tales como "lex artis" o normas técnicas. Por lo tanto, no obligan, inicialmente, si no se suscriben, pero servirán como criterio para medir el nivel de cumplimiento de estos deberes en cuanto suponen la consagración del "nivel deseable" de conducta ética y diligente exigible en esa actividad. Esta posibilidad se ve reforzada por el hecho de que tales códigos pasan un previo control de calidad legal en cuanto han de ser depositados o inscritos en el Registro General de Protección de Datos pudiendo denegarse su inscripción si no se ajustan a las disposiciones legales y reglamentarias.

Así pues, cabe afirmar que de estos deberes se deducen unos requisitos por cuya concurrencia responderá el titular o responsable. Así, con referencia al fichero cabe decir que debe ser público, en el sentido técnico-jurídico del término, seguro, en cuanto reúna las condiciones técnicas que garanticen la seguridad de los datos, accesible en cuanto no sólo sea conocido sino puede llegarse a él para recibir la información precisa y ejercitar los derechos que la Ley reconoce.<sup>42</sup>

En relación al contenido de los datos del fichero:

■<sup>42</sup> Sanchez de Diego Fernandez:" La transparencia de las bases de datos como mecanismo de protección de la intimidad de las personas"; y Orzabal:" Bases de datos, privacidad y responsabilidad civil". En Rv. Informática y Derecho, n° 4 de 1994

- Licitud del título de adquisición de los mismos, ya sea por autorización legal o por mediar consentimiento. La Ley así lo afirma, a sensu contrario, en el artículo 4.7: "se prohíbe la recogida de datos por medios fraudulentos, desleales o ilícitos".

- Veracidad y exactitud: son requisitos de calidad impuestos por la Ley en el artículo 4 pues deben ser datos puestos al día, para que respondan a la situación real de la persona. Todo dato que no responda a ello debe ser rectificado de oficio.

- Oportunidad: los datos han de ser adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y la finalidad legítima para la que fueron recabados. En otro caso, el dato debe ser cancelado de oficio o a petición del interesado.<sup>43</sup>

En cuanto a su tratamiento no cabe admitir que se utilicen clasificaciones basadas en criterios que se presten a prácticas ilícitas. Así, cabe preguntarse si el color, hábitos sexuales, ideas políticas no son sino clasificación basadas en criterios "perversos" por sí mismos pues implican una discriminación y una intromisión en la intimidad sin que necesariamente tengan que desembocar en prácticas de aquella naturaleza. No cabe por tanto, fijar un criterio apriorístico en la medida en que debemos atender a todas las circunstancias, tipos de datos, finalidad del fichero, técnicas de tratamiento, etcétera para poder decidir si se ha infringido el precepto. Ello pone de manifiesto la necesidad de esos códigos deontológicos antes comentados.

En cuanto a la cesión de estos datos es necesario que se produzca en base a un título lícito, sea por consentimiento o en base a una autorización legal o en situaciones que la misma Ley no exige el consentimiento. Esta doble condición de accesibilidad o consentimiento se aplica a los ficheros de publicidad, si bien cabe acceder a ellos y exigir ser dados de baja.(art.29)

En los ficheros afectos a la prestación de servicios por cuenta de terceros la Ley establece unos límites a su gestión en el artículo 27. No pueden

■<sup>43</sup>Vid. Montero:" Las obligaciones y responsabilidades del titular de un fichero de datos nominativos en cuanto a la cualidad de su producto". Rv. Informática y Derecho, nº 4 de 1994, página 129 y siguientes.

utilizar esos datos nada mas que para la finalidad que figure en el contrato de servicios, y no pueden cederlos a terceras personas, ni aún para su conservación. Cumplida la prestación, deben ser destruidos, salvo que su conservación sea autorizada expresamente por la persona para quien se prestan los servicios, porque se presume razonablemente la posibilidad de ulteriores encargos. En tal caso, han de almacenarse en condiciones de seguridad por un plazo de cinco años. Incluso en los ficheros cuyos datos se realizan con fines de investigación o de encuestas es preciso el consentimiento del afectado, y en ningún caso cabe utilizar o ceder los datos para otra finalidad, de forma que puedan ser puestos en relación con una persona concreta.

Tal vez el caso más interesante sea el de las decisiones de ámbito privado que se adoptan merced a los datos relativos al crédito y solvencia patrimonial de las personas, normalmente recogidos en los "ficheros de morosos" que se anuncian como información-mercancía. El artículo 28 de la LORTAD exige que tales ficheros deben contener datos obtenidos de fuentes accesibles al público, de informaciones facilitadas por el afectado, o con su consentimiento. Cuando se trate de datos relativos al cumplimiento de las obligaciones dinerarias pueden tratarse si proceden de aquellas fuentes o del acreedor o persona que trabaje por su cuenta e interés, lo cual excluye adquisición de datos por vías fraudulentas como terceros ajenos a estas relaciones o fugas de otros ficheros o cesiones inconsentidas por los sujeto legitimados para ello. En estos casos, datos procedentes del acreedor o su representante, debe comunicarse al afectado una referencia de tales datos y se le informará de su derecho a conocerlos en su totalidad.

Incluso las evaluaciones y apreciaciones que sobre ellos se hayan realizado y comunicado en los últimos seis meses deben ponerse en conocimiento del afectado cuando lo solicite. Finalmente, sólo pueden registrarse y ceder datos que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica de los afectados y, cuando sean adversos, no pueden estar referidos a más de seis años. En la práctica, estos ficheros "mercantilizados" cuyo titular no es el acreedor ha creado muchos problemas pues el titular no posee competencia y conocimientos, pero si el deber, para modificar o cancelar datos incorrectos u obsoletos.<sup>44</sup>

■<sup>44</sup> Vid. Dwe Julios Campuzano: "Derecho a la intimidad y publicidad de datos personales de carácter patrimonial". En *Rv Informática y Derecho*, n° 4 de 1994.

Para paliar el problema se ha dictado la Instrucción de la Agencia de Protección de Datos de 1/95 de 1 de Marzo que exige en cuanto a calidad de estos datos unos requisitos:

- Existencia previa de una deuda cierta, vencida y exigible que haya resultado insatisfecha.
- Un previo requerimiento de pago al obligado.
- Que no exista un principio de prueba documental que contradiga alguno de los anteriores. En tal caso no puede incluirse el dato en el fichero y, si ya lo está, ha de procederse a una desaparición cautelar.

Es obligación legal que pesa sobre el acreedor o su representante el cerciorarse de la concurrencia de estos requisitos antes de notificar el dato al fichero común. Así mismo, estos sujetos vienen obligados a comunicar la inexactitud o inexistencia del dato para su modificación o cancelación en el plazo máximo de una semana. Este deber pesa igualmente sobre el fichero común y el propio del acreedor o persona que por él actúa. Cuando la incorporación se haya producido con anterioridad a la entrada en vigor de la LORTAD se regirá por la Norma segunda de la Instrucción que impone el deber de diligencia al responsable del fichero para que adopte las medidas técnicas y organizativas que aseguren la comunicación de tal extremo en el menor tiempo posible y, en todo caso, en un año a contar desde la entrada en vigor de esa instrucción.

Los sistemas que almacenen este tipo de informaciones han de contar con los medios y medidas de seguridad adecuados, lo cual se comprobará mediante la oportuna auditoría prevista en la Norma cuarta del mismo texto.

En definitiva, se trata de un normativa que extrema las cautelas en relación con un tipo de actividad que se ha acrecentado enormemente y cuya falta de regulación expresa estaba originado serias quiebras de los más elementales principios jurídicos y conculcando los derechos de los ciudadanos. Como afirma RAMOS deben establecerse los controles y procedimientos adecuados para lograr que cada usuario sólo accede a lo que esté autorizado, para lo que esté autorizado

y cuando esté autorizado.<sup>45</sup> Esta autorización sólo procede cuando el usuario sea una persona legitimada para acceder al conocimiento y disposición de los datos, pues toda autorización del titular del fichero ha de corresponderse con una previa legitimación del solicitante entendido como un interés legítimo jurídicamente relevante que le faculta para pretender el acceso al conocimiento o tratamiento del contenido del fichero que solicita.

#### **4- Reglas de Responsabilidad Civil.**

Haciendo abstracción de las actuaciones disciplinarias y sancionadoras, la LORTAD no es demasiado rigurosa a la hora de establecer este régimen de responsabilidad civil. Lo único que hace en su artículo 17 es consagrar el derecho a la indemnización por incumplimiento de la Ley y fijar los criterios de jurisdicción adecuada según el régimen del fichero, estableciendo una competencia específica para la Agencia de Protección de Datos para reclamar ante ella por las actuaciones contrarias a lo dispuesto en la Ley.<sup>46</sup> Ello es así por cuanto se remite a las normas generales en base a las cuales incumbe esta responsabilidad al titular responsable del fichero salvo que pruebe la concurrencia de una causa de exoneración legalmente admisible. De salida, pues, deberá responder la Administración, en el caso de ficheros de titularidad pública, y el empresario-titular en el caso de los ficheros privados.<sup>47</sup>

Pasamos ahora a establecer cuales son los criterios por los que se rige la responsabilidad del titular de estos ficheros partiendo de la base de la obligación de responder por hechos ajenos, pues ésta es la que más se ha de aplicar al caso. Esta surge cuando la acción ha sido realizada por un a persona que

■<sup>45</sup> Vid. " La Seguridad y la Confidencialidad de la información y la LORTAD". Rv. Informática y Derecho, n° 6/7 de 1994, pag.133 y siguientes.

■<sup>46</sup> Sobre el tema véase Heredero Higuera:" La Agencia de Protección de Datos" y Castillo Jiménez:" Estatuto de la Agencia de Protección de Datos". Ambos en Rv. Informática y Derecho, n° 6/7 de 1994

■<sup>47</sup> Véase la crítica al sistema de la LORTAD de López-Muñiz Goñi en " La Ley de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal"; en cuanto al tema penal véase Romeo Casabona:" Infracciones administrativas y penales en relación con la protección de datos". Ambos en Rv. Informática y Derecho, n° 6/7 de 1994

no es el propio titular pero que mantiene con éste una vinculación a la que la Ley le confiere la consecuencia de tener que responder por él. Tal es el caso de padres y tutores, centros docentes y empresarios. Así lo impone el artículo 1903 CC: son personas por quienes se debe responder. Se basan estos supuestos en la idea de estimar que el sujeto ha incurrido en culpa in vigilando por no haberlo controlado diligentemente, o en culpa in eligiendo por no haberle seleccionado de forma idónea. No obstante, esta diligencia cesa cuando el sujeto demuestra haber aplicado toda la diligencia posible que quepa exigir en el supuesto concreto.

No obstante, esta responsabilidad ha adquirido tonos cada vez mas objetivos por lo que se entiende que la obligación de reparar vincula ya directamente al responsable con la víctima y pocas veces queda exonerado.

#### A) La Responsabilidad en los ficheros de titularidad pública:

Como la propia LORTAD establece esta responsabilidad se rige por las normas de la Responsabilidad civil del Estado que vienen disciplinadas sobre la base del artículo 106.2 de la Constitución: " Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos". Derogado el extraño párrafo 5º del artículo 1903 CC "...cuando obra por medio de un agente especial ..." por la Ley de 7/1/91, la norma básica es la Ley 30/92 de 26 de Noviembre Régimen Jurídico de la Administración del Estado y Procedimiento Administrativo común y el Reglamento sobre Responsabilidad Patrimonial de la Administración de 26 de Marzo de 1993.

En base a estas normas, cabe afirmar que la obligación de indemnizar que recae sobre el Estado es objetiva y directa, a consecuencia del normal o anormal funcionamiento de un servicio público. Es decir, objetiva en cuanto no se toma en consideración la posible culpabilidad del funcionario actuante, pero si el nexo entre la actividad por cuenta de la Administración que éste desempeña y el daño causado, que se rompe cuando concurre la fuerza mayor. Es directa en la medida en que no existe mediatez o subsidiariedad con respecto al funcionario: el perjudicado se dirige contra el Estado al ejercitar la acción de resarcimiento. Cuestión diferente es que el Estado pueda repetir después contra el funcionario por esta causa. Se trata de relaciones de Derecho Público, donde el estado actúa con imperium en un plano de desigualdad y desempeñando las funciones y servicios que le competen pero sucede que ha

habido un funcionamiento normal o anormal del servicio público que origina un daño al particular. En tales casos responde directamente y se actúa en la jurisdicción contencioso administrativa.

Cuando la Administración actúa en relaciones de Derecho Privado responde de forma directa ante los particulares por los daños que causen sus funcionarios a los particulares, pero no es por el funcionamiento de un servicio público, sino porque actúa en una relación de Derecho privado. Se entiende que los actos de tal naturaleza que realice el personal al servicio de las Administraciones son actos propios de las mismas. Así, cuando actúa como un empresario privado, se le aplica el régimen general previsto para estos en la legislación civil y las acciones se plantean ante la jurisdicción civil.(Cfr.STS 30/1/90 y 27/3/92)

En consecuencia, cuando el daño se produzca como consecuencia del funcionamiento, normal o anormal, del fichero automatizado, sea en relaciones de naturaleza pública o privada, el Estado responderá directamente por el acto lesivo causado por el personal que presta su servicio en dicho fichero, en aplicación de las normas y principios antes citados. No cabe, por tanto, crear un status intermedio entre titular y responsable del tratamiento a estos efectos pues, en todo caso, el órgano titular del fichero viene obligado a responder frente al particular que ha sufrido el daño.

#### B) La responsabilidad en los ficheros de titularidad privada:

Ya hemos comentado anteriormente que la figura del titular o responsable del fichero hace referencia a la persona, física o jurídica, que ostenta la titularidad del conjunto de medios humanos y materiales que conforman ese fichero automatizado. En principio, pues, estamos ante el empresario: el dirige y decide la gestión y tratamiento de los datos que contiene el fichero, es decir, realiza una actividad empresarial de tratamiento automatizado de datos. Para ello puede actuar directamente o valiéndose de un personal dependiente que actúa con mayor o menor autonomía, pero en cualquier caso él es quien elige el personal, aporta los medios y ostenta, en última instancia, la facultad de decidir y dirigir el tratamiento y obtener los rendimientos económicos que se deduzcan. Es su deber elegir y controlar adecuadamente al personal que presta su servicio en el fichero y, en consecuencia, será responsable de los daños que se ocasionen cuando se incumplen los deberes que la Ley establece.

El régimen jurídico de aplicable a esta responsabilidad tiene su eje central en el artículo 1903.4º CC a tenor del cual son responsables " los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto a los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones". Al margen de su terminología más o menos obsoleta, lo cierto es que este precepto ha servido para fijar las condiciones de la responsabilidad del empresario. De esta norma, cabe deducir que la responsabilidad del titular de la empresa que explota el fichero es directa y solidaria con el propio empleado. A veces, el director y el empresario coinciden en la misma persona, pero en otras ocasiones el director no es el titular del mismo, en cuyo caso hay una responsabilidad solidaria de ambos.

El criterio que se ha utilizado para fijar este carácter objetivo es que se trata de una culpa in vigilando, cuando no se ha controlado adecuadamente la actuación del empleado, o in eligiendo, supuesto en el que no se eligió adecuadamente al sujeto. En ambos casos, más que presumir negligencia, se trata de asegurar un resarcimiento a la víctima de la acción que origina el daño, para lo cual se utiliza como base la subordinación del empleado a la potestad de dirección del empresario: o no se controló la adecuada ejecución de las ordenes empresariales, o estas fueron inadecuadas.

Para ello cabe exigir que la acción sea culpable en los términos objetivos antes comentados y que sea consecuencia de la actuación del empleado con ocasión del desempeño de sus funciones en la empresa, lo cual excluye los supuestos de actividades particulares del empleado ajenas a la empresa. Por ejemplo, si el técnico del fichero extrae información sensible la divulga o cede sin conocimiento del empresario, incumple su deber de secreto, pero el empresario, a su vez, incurre en la inobservancia de su deber de seguridad.

A tenor del artículo 1904 CC el empresario podrá repetir posteriormente aquello que haya debido pagar como consecuencia de la acción lesiva cometida por el empleado.

La jurisdicción competente para este supuesto es la de los Tribunales ordinarios pues estamos en el campo de las relaciones de Derecho privado.

## **5- El daño y su resarcimiento:**

La tipología de los daños y perjuicios que un incumplimiento de los deberes antes citados puede ocasionar es muy varia pues su valoración dependerá de diversos factores. De salida hemos de decir que caben dos tipos esencialmente: daño moral y daño patrimonial, a la vez que podemos excluir el daño físico como consecuencia directa aunque no indirecta, es decir, un error de contenido en los datos de un enfermo pueden llevar a un diagnostica desacertado y a una intervención quirúrgica inadecuada que, por ejemplo, ampute un miembro sano, lo cual sería un daño físico indirectamente causado por el incumplimiento del deber de veracidad y exactitud.

El daño moral básicamente se produce cuando se incumplen los deberes que impiden almacenar o transmitir datos sensibles o cuando su tratamiento se basa en criterios que dan lugar a prácticas ilícitas. Es decir, cuando se producen casos de intromisión en la privacidad, se recaban o ceden datos sin consentimiento, en los casos en que se produce un atentado contra el honor de la persona por la "fuga" de datos sensibles, al incumplirse el deber de secreto el de seguridad, o erróneos, cuando se adoptan decisiones o actos administrativos en base al perfil informático de una persona o a un dato erróneo u obsoleto, o se impide el pacífico ejercicio de los derechos reconocidos en la misma Ley.

Pero no todo incumplimiento de estos deberes produce un daño efectivo: así, si no se borra de oficio un dato obsoleto no habrá un daño si no se cede o se utiliza como criterio de alguna decisión o acto incorrecto que perjudique al afectado; si el dato se debió borrar por anticuado e inútil hay responsabilidad frente a la autoridad competente, pero si no sirve de base a un acto lesivo, no cabe reclamar pues la concurrencia efectiva del daño y su relación de causalidad deben ser probados por quien reclama. Es decir, la falta del requisito de calidad de los datos debe medirse como criterio de atribución de responsabilidad en la medida en que sea la causa del acto lesivo, no cuando su incumplimiento sea cierto pero irrelevante pues el daño o perjuicio debe ser efectivo y probado.

En cuanto a los daños patrimoniales, básicamente cabe que se produzcan por la pérdida o fuga de datos relevantes y necesarios de cuya custodia responde el titular del fichero y de ello se deduzca el evento lesivo. Así, la pérdida de los datos relativos a cuentas bancarias, carteras de clientes, de pedidos o de cualquier otra información que produzca un daño efectivo o la pérdida de una

ventaja para el sujeto "dueño" de los datos. La fuga puede implicar que un tercero entre en conocimiento de los datos y con ello infrinja el daño: adquiere información sobre aspectos internos de un competidor que le permiten competir desde una posición de ventaja deslealmente adquirida. En este caso, además del deber de seguridad, el deber de secreto se vuelve muy relevante.

Pero el titular del fichero no sólo responde ante el "dueño" de los datos incorporados al fichero, sino, por vía contractual y extracontractual, con el adquirente y cesionario de la información. Este puede adoptar unas decisiones inadecuadas en base a datos erróneos u obsoletos, en tal caso el titular-cedente será responsable frente a él por los daños y perjuicios que ello le irroge. Incluso si el cesionario, a su vez, incurre en responsabilidad por tales datos que le han sido cedidos por el primer fichero, deberemos valorar si el titular-cesionario incumplió también sus deberes de diligencia o le era imposible constatar la falta de calidad del dato pues ello incumbía al cedente.

El problema, una vez más, será probar el daño y su relación con el incumplimiento del titular del fichero, sobre todo a la hora de alegar posibles perjuicios más que daños reales y efectivos. Y ello en un campo, sobre todo en el mercado de bienes y servicios, donde un error de evaluación puede originar graves consecuencias. Un dato erróneo sobre la solvencia de un banco o empresa puede provocar la caída de su cotización en la Bolsa, o la pérdida de depósitos o clientes. La negativa a la concesión de un crédito en base a un índice de solvencia equivocado puede producir la pérdida de una cuenta importante. En todos estos casos esa "ganancia o ventaja futura" frustrada será difícil de demostrar.

En cuanto al resarcimiento, si es un daño moral se impone, como primera medida cancelar o modificar el dato y, si procede, el pago de una indemnización económica e, incluso, cabría plantearse una publicidad de ello si el dato se hubiera hecho público y fuere falso o inexacto. En el caso de daño patrimonial, procederemos a evaluar la cuantía del mismo y los posibles perjuicios mediante los medios de prueba admitidos en Derecho.