

# CONTRATOS INFORMATICOS EN EL DERECHO PRIVADO

SALVADOR DARÍO BERGEL

*Director del Departamento de Derecho Económico Y Empresarial,  
Facultad De Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Buenos Aires*

## I. AMBITO DE NUESTRA INDAGACION:

La contratación sobre bienes y servicios informáticos ha adquirido una relevancia incuestionable en la actividad negocial, no sólo por su frecuencia sino también por su magnitud<sup>1</sup>. Estas circunstancias justifican una aproximación a los problemas jurídicos que tal contratación envuelve.

Existen, como es sabido, diversos tipos de contratos vinculados a la actividad informática. Los límites de este trabajo excluyen de por sí el análisis puntual de esos tipos y de sus problemas propios. En consecuencia circunscribiremos el campo de nuestra indagación a la problemática general, tomando como marco de referencia a los contratos vinculados con la provisión de sistemas informáticos.

Esto no importa una limitación extrema, ya que -mutatis mutandi- muchos de los problemas que aquí tocamos son de aplicación a los diversos tipos contractuales.

Otro límite está marcado por la separación -cada vez más evidente-

- 1 Entendemos por bienes informáticos los elementos que constituyen el soporte físico (unidad central de procesamiento, periféricos, complementos) como así el soporte lógico (software) y por servicios informáticos todos aquellos que se relacionan con el tratamiento automatizado de la información.

entre los contratos celebrados por los particulares y los celebrados por la Administración Pública.

Luego de un período de incertidumbre, en los comienzos de la era informática, las administraciones públicas tomaron clara conciencia del enorme poder de negociación que poseían en función de la dimensión económica de sus contrataciones y fueron fijando pautas a las que se sometieron las empresas que pretendían contratar con ellas (pliego de licitación, contratos tipos, etc.); paralelamente se fueron diferenciando alguno de los problemas básicos de la contratación<sup>2</sup>. En razón de ello las precisiones que formulamos más abajo se relacionan con los contratos celebrados entre particulares.

## II. ACERCA DE LA CATEGORIA "CONTRATOS INFORMATICOS"

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

Estas notas, a las que nos referiremos más abajo no implican -en nuestro concepto- reconocerle a los contratos informáticos una autonomía conceptual y sistemática respecto de contratos de otros géneros o que tengan diverso objeto<sup>3</sup> pero es del caso señalar que tales notas justifican al menos un tratamiento en común de los problemas suscitados por la contratación de bienes y servicios informáticos.

Desde luego que la acepción contratos informáticos es amplia y podría generar la idea que incluye no sólo los contratos en los cuales los bienes y servicios informáticos constituyen su objeto sino aquellos que se concluyen mediante bienes informáticos (por ejemplo transferencia electrónica de fondos y toda la gama de operaciones telemáticas)<sup>4</sup>. En esta misma línea de razonamiento se ha señalado que el tema de los contratos informáticos tiene un contenido vastísimo susceptible de una concepción muy amplia porque en el tema se puede com-

- 2 Sobre este tema pueden consultarse: DEL PIAZZO, C. E.: "Contratos informáticos con la Administración", en Derecho y Tecnología Informática, Bogotá, 1990 N° 4, pág. 463; HEREDERO HIGUERAS, M.: "Manual de contratos públicos de informática", Instituto de Administración Pública, Madrid, 1989; DEL PESO NAVARRO, E.: "Adquisición de bienes y prestaciones de servicios informáticos en el sector público, en Vol. 3, Encuentros y prestaciones de servicios informáticos en el sector público", en Vol. 3, Encuentros sobre informática en las Facultades de Derecho, ICADE, Madrid 1990.
- 3 ZENCOVICH, ZENO, V.: "Sul rilievo pratico e sistematico della categoria del c.d. contratti di informatica", en I. Contratti di informatica, a cargo de G. ALPA y V. ZENO ZENCOVICH, Giuffrè, Milán 1987, pág. 32.
- 4 ZENO ZENCOVICH, V.: op.cit. pág. 32.

prender todo aquello que en materia contractual la informática tiene alguna relevancia<sup>5</sup>.

Esta amplitud del campo sería suficiente para frustrar la hipótesis de una categoría especial con reglas propias y originales, ya que la incertidumbre del ámbito de aplicación determinaría más confusión que una mejor comprensión y disciplina de la materia<sup>6</sup>. En opinión de Galgano el elemento uniforme de la categoría de contratos informáticos se encuentra fuera del derecho, ya que la informática no incorpora principios jurídicos diversos de los que regulan otras tantas materias<sup>7</sup>.

El estudio de estos contratos en forma particular no justifica el pretender una regulación específica, a lo menos en el estado actual de la cuestión. Simplemente apunta a destacar una problemática que torna necesaria la agudización del análisis en el intérprete dentro del marco normativo y vigente.

Con acierto apunta Mirabelli que cuando se presentan situaciones nuevas es necesario -en primer lugar- descubrir los elementos de hecho, los elementos constitutivos y -en segundo lugar- delinear para cada problema singular, para cada conflicto de intereses cuáles son las reglas derivadas del ordenamiento vigente. Solo cuando no se puede tentar una aplicación de la regla al hecho, sólo entonces podrá advertirse si se torna necesaria la intervención del legislador<sup>8</sup>.

Se puede -en consecuencia- discutir sobre la naturaleza meramente dispositiva y atécnica de la acepción "contratos informáticos", sobre la oportunidad y la legitimidad de constituir una nueva categoría<sup>9</sup>; lo que no puede discutirse, al menos con argumento atendibles, es la necesidad de dar una adecuada respuesta a un conjunto de problemas introducidos por la informática en la esfera contractual y desde esta órbita es que aceptamos referirnos a los contratos informáticos.

### III. LA TIPICIDAD EN LOS CONTRATOS DE INFORMÁTICA

Es importante, por los problemas que pueda aparejar la interpretación o

- 5 MIRABELLI, G.: "I contratti di informatica: modelli tipicita e collegamento", en I. contratti di informatica, cit. pág. 3.
- 6 ZENO ZENCOVICH, V.: op. cit. pág. 32.
- 7 GALGANO, F.: "La cultura giurídica italiana di fronte ai problemi informatici", en I. contratti di informatica, cit. pág. 373.
- 8 MIRABELLI, G.: op. cit. pág. 6.
- 9 ALPA G. y ZENCOVICH ZENO, V.: "I contratti di informatica", cit. introducción, pág. XIII.

ejecución de los contratos informáticos, analizarlos a la luz de los principios que gobiernan la tipicidad. En principio, la contratación informática puede subsumirse en diversos tipos legales: compraventa, locación de cosas, locación de obra, locación de servicios, etc. más cabe destacar que, de común, los contratos asumen formas mixtas incluyendo en su contenido diversas prestaciones pertenecientes a otros tantos contratos típicos. En el mercado informático -lo destaca Rossello- existen una serie de modelos contractuales dotados de lo que califica "atipicidad standarizada"<sup>10</sup>.

No se ha planteado en doctrina la necesidad de dotar a estos contratos de tipicidad legal. No existe tampoco ningún desarrollo legislativo sobre el particular en el derecho comparado. En líneas generales los contratos informáticos no se presentan con esquemas puros y comprenden prestaciones de variada naturaleza. La elaboración de un sistema no se agota en una mera locación, en una compraventa.

En particular, la utilización de un ordenador requiere como condición esencial el mantenimiento del sistema y la asistencia técnica para satisfacer las exigencias específicas del usuario. Igualmente, en materia de software, la asistencia implica también actualización y modificaciones de los programas<sup>11</sup>.

La existencia de estas particularidades hacen que podamos hablar en estos casos de contratos mixtos.

Esta mixtura, tanto se puede evidenciar en el mismo acuerdo como en una pluralidad de acuerdos -formalmente independientes- pero que atento a la unidad de la operación bajo el cariz económico, no admiten ser considerados como contratos autónomos<sup>12</sup>.

Ahora bien, en caso de surgir conflictos en torno a la aplicación e interpretación de los contratos, cabe considerar a estos atípicos y por ende aplicable

■ 10 ROSSELLO, C.C.: "I contratti dell' informatici. Spunti di riflessione in comparazione con l'esperienza statunitense e francese", en I. contratti di utilizzazione del computer a cargo de G. ALPA, Giuffrè, Milán 1984, pág. 110.

■ 11 ALPA, G.: "Diritto dell' informatica. Nuove terminologie per l'applicazione del diritto comune", IV Congreso Internazionale sul tema Informatica e regolamentazione giuridice, Roma, Mayo de 1988.

■ 12 En este sentido compartimos el criterio de M. Bin, en cuanto expone su tesis contraria a la de Clarizia, quien sostuvo que la unidad del contrato depende exclusivamente de la voluntad de las partes. Entiende Bain que los contratos informáticos ofrecen un óptimo banco de prueba para hacer resaltar claramente la exactitud de la concepción opuesta, según la cual la vinculación contractual descende de una concepción objetiva y funcional, que torna unitaria la operación económica al margen de la voluntad de las partes ("l'equilibrio sinallagmatici nei contratti informatici", en I contratti di informatici cit pág. 61).

los principios consagrados por la doctrina jurisprudencia para estos casos o por el contrario hacer prevalecer la tipicidad referida a cada prestación y aplicar a su respecto las reglas propias del tipo (compraventa, locación, etc.)?.

El tema no solo importa una indagación teórica sino que encierra consecuencias prácticas de primer orden.

La sustracción al tipo obedece en el pensamiento de Alpa a fines diversos entre ellos:

a) la exclusión del procedimiento analítico de compatibilidad con un tipo legal en el cual -bien o mal- el legislador ha recompuesto el conflicto de intereses.

b) la exclusión del procedimiento lógico de individualización de un esquema (interno) en la operación.

c) la exclusión del procedimiento de control de las cláusulas singulares.

d) la remisión a la libre voluntad contractual de toda solución conflictiva de las cláusulas.

e) la exclusión de la intervención legislativa (tipificante) por los riesgos lesivos a la autonomía contractual<sup>13</sup>.

En síntesis el tipo legal significa control y por ende límite a la autonomía (en la práctica al abuso).

En materia informática, el tema asume características singulares. En primer lugar por la notable disparidad económica y negocial entre los contratantes, que coloca a uno de ellos en una verdadera posición de influencia dominante. En segundo lugar por el hecho de que el proveedor es considerado profesional (con mejor dominio técnico), mientras que el usuario, de común no lo es; circunstancias ambas que llevan con frecuencia a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos.

En los contratos mixtos tenemos tres posturas doctrinarias con relación al régimen jurídico aplicable.

■ 13 ALPA, G.: *I contratti in generale* (introduzione alla nuova giurisprudenza, UTET, Torino 1990, pág. 230).

La teoría de la absorción, busca el elemento preponderante y si se corresponde con el preponderante de un contrato típico, se aplica su normativa.

La teoría de la combinación construye su propia normativa combinando la correspondiente a cada uno de los contratos típicos, teniendo presente el fin perseguido por los contratantes.

Por último la teoría de la aplicación analógica se inclina por aplicar la normativa de las figuras tipificadas más afines<sup>14</sup>.

La solución del conflicto -lo señala Alpa- no depende tanto de la individualización del esquema aplicable en base a una valuación de síntesis, sino de la identificación de las singulares prestaciones respecto a las cuales surge el contraste.

De aquí que la disciplina aplicable no será aquella de un único sistema típico, correspondiente a la prestación prevalente, cuantitativa o económicamente, sino la suma de tantas disciplinas específicas, cuantas sean las diversas prestaciones que forman el contenido global del acuerdo. Por tanto -en caso de controversia- deberá ser aplicada la disciplina de la compraventa para las cuestiones referidas a los bienes adquiridos, la de la locación para los bienes locados, la de locación de obra para los servicios de elaboración, etc.<sup>15</sup>. En síntesis, si las partes han hecho referencia explícita o implícita a un tipo, se aplica -en lo pertinente- el mismo. Si por el contrario han empleado formas contractuales no identificables claramente se aplicarán los principios doctrinarios y jurisprudenciales propios de los <sup>16</sup> contratos atípicos.

#### IV. ASPECTOS SINGULARES DE LA CONTRATACION INFORMATICA

##### a) Acentuación de la distancia entre el proveedor de bienes y servicios informáticos y el usuario.

Tratándose de contratos relativos a tecnología de punta es dable advertir una brecha significativa que se para el proveedor del usuario, brecha traducida en una disparidad del conocimiento.-

■ 14 DIEZ PICAZZO, L.: "Sistema de derecho civil", Edit. Tecnos 6ª Ed. Madrid 1992, Tº 2, pág. 38.

■ 15 ALPA, G.: "I contratti in generale", cit. pág. 102.

■ 16 GALGANO F.: op. cit. pág. 373.

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

La evolución operada en la informática es un dato inequívoco de la realidad que no necesita mayores explicaciones. Resulta a veces dificultoso a las personas vinculadas con la utilización de bienes y servicios informáticos el poder adecuarse a los constantes cambios.

Esta aceleración del conocimiento naturalmente opera en forma distinta en el proveedor y en el usuario.

El proveedor, para permanecer en la actividad debe efectuar un formidable esfuerzo de investigación y desarrollo que constantemente lo induce a efectuar cambios o presentar productos o sistemas distintos dentro de un mercado que se caracteriza por una alta competencia. La dimensión económica del negocio hizo que con el devenir del tiempo se incorporaran al mismo numerosas empresas medianas y pequeñas ocupando espacios propios.

El usuario no posee de común elementos técnicos suficientes como para comparar productos o para ubicar el producto o sistema que puede serle más útil para la satisfacción de las finalidades que persigue satisfacer.

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

De allí que la doctrina y jurisprudencia ponen a cargo del proveedor una serie de deberes que, inherentes a toda contratación, adquieren una distinta dimensión en la materia que nos ocupa: los deberes de información y consejo.

No es posible ignorar que aún cuando la contratación se celebre entre empresas existe una desigualdad de competencia e información en cuanto a la tecnología y a los problemas técnicos, desigualdad que determina una situación de completa sujeción del usuario respecto al consejo y a las propuestas de aquel que opera profesionalmente en el sector<sup>17</sup>.

Esto marca una situación diferencial en la praxis contractual que debe

■ 17 ROSSELLO, op. cit. pág. 98.

ser debidamente sopesada al momento de analizar y juzgar los problemas suscitados en la ejecución del contrato.

b) Diferencia de objetivos perseguidos por las partes:

Es frecuente una diferencia básica entre las finalidades u objetivos perseguidos por el proveedor y por el usuario y de la cual derivan consecuencias relevantes para medir el grado de cumplimiento o incumplimiento de las prestaciones comprometidas.

El usuario pretende satisfacer sus propias exigencias a través de la obtención de determinados resultados funcionales. Lo relevante para su concepción, más allá de las precisiones técnicas, a veces elaboradas con lenguaje equívoco o poco inteligible para quien no tiene formación profesional, es que el sistema cumpla adecuadamente con la finalidad perseguida, que le solucione problemas específicos de su empresa.

El proveedor pretende garantizar la funcionalidad del equipamiento en abstracto, tratando de limitarse a adecuar el sistema a las especificaciones técnicas que le sirvieron de base contractual, dejando de lado el fin específico de la contratación. Es la dicotomía anglosajona entre "contracting for results" y "contracting for resources"<sup>18</sup>. Esto tiene directa relación con el carácter de las obligaciones que asume el proveedor. Si simplemente se limita a contraer una obligación de medio la satisface con poner una diligencia normal que contribuya al logro del fin buscado; si por el contrario adquiere una obligación de resultado, garante el cumplimiento de la finalidad perseguida por el usuario.

En anterior oportunidad hemos adelantado opinión sobre el tema, inclinándonos por sostener que en materia informática las obligaciones del proveedor son por regla general obligaciones de resultado<sup>19</sup>. Es de destacar que en esta materia la falta de concreción de determinados objetivos funcionales equivale en la práctica a la completa inutilidad del sistema, que queda privado de valor económico<sup>20</sup>.

■ 18 ROSSELLO, C.: op. cit. pág. 98, en nota.

■ 19 BERGEL, S.D.: "Informática y responsabilidad civil en Informática y Derecho". Edit. De Palma, Bs. As. 1988, Vol. 2, pág. 168.

■ 20 ROSSELLO, C.: op. cit. pág. 98.

### c) Dificultad relativa a la precisa individualización de la prestación.

La propia circunstancia de estar manejándonos en temas de alta tecnología determina la necesidad de precisar en la forma más concreta y objetiva posible el objeto de la prestación puesta en cabeza del proveedor.

El mismo empleo de una terminología no corriente y a veces ignota para los no vinculados a los trabajos requiere gran cuidado en la identificación exacta de la prestación y de las obligaciones asumidas e impone un acurado uso de las definiciones explicativas en el interés de ambas partes, para limitar el riesgo de la interpretación por parte de un tercero de expresiones usadas por los técnicos, pero aún no adquiridas por el patrimonio lingüístico común<sup>21</sup>.

Al estudiar la formación del contrato informático, destaca De Lamberteríe, es necesario un objeto cierto que forme la materia del compromiso. Para que haya acuerdo es preciso que dos manifestaciones concordantes de voluntad en su sujeto se encuentren en el tiempo y en el espacio, debiendo el contenido de la aceptación ser idéntico al de la oferta<sup>22</sup>.

Desde luego que la determinación del objeto de la prestación no puede convertirse sólo en una carga para el proveedor. Estamos ante un caso en que funcionan los recíprocos deberes de colaboración y el usuario que no ha hecho los máximos esfuerzos por lograr tal determinación, puede verse sometido a dificultades insalvables, ya que la reconstrucción en sede interpretativa es desaconsejable y ofrece notorios peligros<sup>23</sup>.

Sobre el particular, cabe destacar que el pliego de condiciones constituye una pieza clave para zanjar las dificultades interpretativas, razón por la cual las cláusulas modelos para la compraventa de equipos informáticos elaboradas por la C.E.C.U.A., establecen que el pliego "es parte integrante de todo contrato informático"<sup>24</sup>.

Es preciso y necesario que el usuario detalle sus dificultades, de forma

■ 21 SBISA, G.: "Profili generali dei contratti di utilizzazione dei computers en I contratti de utilizzazione dei computers", cit. pág. 28.

■ 22 DE LAMBERTERIE, I.: "Contratos en informática, en Derecho y Tecnología" Informática N° 1, Bogotá, 1989, pág. 63.

■ 23 ROSSELLO, C. op. cit. pág. 99.

■ 24 CECUA (Confederación de Asociaciones Europeas de Usuarios de Tecnologías de la Información), Cláusulas modelo para la compraventa de equipos informáticos.

Versión española del texto publicado por el Institute of Purchasing and Supply, Stanford.

tal que el fabricante pueda identificar y evaluar claramente el equipo físico y lógico necesario para satisfacer sus necesidades.

Si el usuario no puede ser preciso y la expresión de sus necesidades es ambigua, el proveedor tenderá a concentrarse en los aspectos de un problema que puede resolver con el riesgo consiguiente de que sean pasados por alto elementos que son fundamentales para las necesidades del usuario. Si se deja en manos del proveedor la tarea de interpretar las necesidades es inevitable que distintos fabricantes hagan tal interpretación en forma diferente.

Es del caso advertir que cuanto mayor sea la complejidad del equipamiento requerido, mayor será la necesidad de un pliego de condiciones técnicas redactado por personal especializado. Tal pliego debe partir del conocimiento de las exigencias del usuario, debe traducir las necesidades del mismo en términos del equipo físico y lógico más idóneas para la tarea a realizar con los equipos físicos existentes y con los paquetes de programas y las últimas innovaciones de la industria de los ordenadores<sup>25</sup>.

#### d) Parámetros relativos al incumplimiento de la prestación

Este tema guarda íntima relación con el anterior.

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

Es importante establecer diversos parámetros acerca del cumplimiento: vicios, inexactitudes con relación al pliego, inadecuación global de la informatización, a fin de ubicar qué significación guardan en el complejo negocial total. Cabe aquí recordar que nos encontramos en el ámbito de una materia cuyo estado técnico no ha llegado a niveles de perfección y que resulta común la existencia de vicios que deben ser superados por los propios operadores.

Podemos encontrar problemas vinculados con el equipo físico, pero de común el incumplimiento se ve vinculado con los requerimiento de performance técnica en los aspectos funcionales.

Será preciso tomar en consideración la capacidad de carga, la velocidad de los componentes, el tiempo de respuesta y para el software el porcentaje de error aceptable en un determinado período de tiempo, los términos para su

■ 25 CECUA op. cit., pág. 26.

corrección, etc.

### e) Problemas suscitados por su redacción

La cada vez más acentuada internalización de la economía se ha traducido en el plano contractual en la circulación de modelos contractuales generados en diversos países, que profesan diversos sistemas de derecho<sup>26</sup>. Esto de por sí es fuente de graves problemas interpretativos.

Así nos recuerda Catalá que en una traducción literal de conceptos propios de un país, que no guarda su correlato con otro puede llevar a serios equívocos. Por ejemplo "condition" y "warranty" en derecho inglés no se corresponden con la condición o con la garantía del derecho francés. Si se encuentra uno de estos términos en una convención ¿qué sentido debe atribuírsele? Es frecuente emplear en la práctica contractual términos jurídicos que son una traducción defectuosa de los correlativos angloamericanos, fruto a su vez de una comprensión parcial o deficiente de los conceptos respectivos<sup>27</sup>.

De común, dado el carácter eminentemente técnico de su contenido en la negociación de los contratos intervienen los servicios comerciales y no los jurídicos de las empresas.

Los contratos tipo -sumamente frecuentes en la materia- contienen cláusulas que debido a las peculiaridades del derecho angloamericano sólo tienen razón de ser dentro de su contexto, pero que dentro del derecho romano francés requieren ser "repensados" con el fin de determinar si al margen de tales peculiaridades estructurales es o no conveniente recogerlas en los contratos, y en su caso en que forma<sup>28</sup>.

La conjunción de un conocimiento jurídico diferente unido a la frecuente voluntad de concluir la negociación a toda prisa puede llegar -en el concepto de Catalá- a producir un efecto devastador sobre la calidad formal del acto jurídico así cumplido<sup>29</sup>. Por ello -concluye el jurista francés- sería altamente saludable perfeccionar la redacción de los contratos en vista de un acrecentamiento

■ 26 CATALA, P.: "L'informatique et l'évolution des modèles contractuels", V Congreso: Informatica e Attivita giuridica, Roma 1993.

■ 27 CATALA, P.: op. cit.

■ 28 HEREDERO HIGUERAS, M.: "Cláusulas ilustrativas para la negociación de contratos de bienes y servicios informáticos", en Informática y Derecho, UNED, Mérida 1992, pág. 138.

■ 29 CATALA, P.: op. cit.

de su eficacia y de la seguridad jurídica.

#### f) Predominio de los contratos mixtos

Estamos en el campo de los contratos vinculados con el concepto de sistema, razón por la cual es difícil que se dé un contrato con esquemas puros; lo más probable es que contenga prestaciones de naturaleza variada. Es frecuente la existencia de contratos que envuelven una pluralidad de prestaciones encajenadas en diferentes esquemas negociales (venta, asistencia técnica, entrenamiento de personal, mantenimiento, etc.)<sup>30</sup>.

La elaboración de un sistema no se puede agotar en una mera operación de compraventa. La utilización de un ordenador torna imprescindible el mantenimiento del sistema así como la asistencia para satisfacer las específicas exigencias del utilizador.

Del mismo modo con relación al software la asistencia implica actualización y modificación del programa comprensivo de los aspectos técnicos internos y de la variación externa<sup>31</sup>.

Las diversas prestaciones conectadas a la instalación y utilización de un ordenador pueden estar contenidas en un contrato único al cual nos venimos refiriendo o por el contrario pueden constar en contratos formalmente distintos.

En este último caso, aún cuando el complejo de los acuerdos sea redactado en textos separados si son estipulados con el mismo contrayente, la unidad de la operación bajo el ámbito económico se refleja en el vínculo negocial entre las diversas partes del acuerdo y también en el ámbito de los acuerdos singulares raramente se enuncia una sola prestación, correspondiente a un esquema típico puro. Así por ejemplo la fabricación del hardware prevé entre otras prestaciones la instalación, el exámen de las medidas de seguridad, el entrenamiento del personal, y las otras prestaciones accesorias<sup>32</sup>.

#### g) Predominio de los contratos con condiciones predispuestas

En esta materia se observa un notable predominio de contratos celebra-

■ 30 PAVONE LA ROSA A.: "Lineamientos de contratos de provisión de computers y de servicios informáticos", en Revista del Derecho comercial y de las obligaciones, Año 20, 1987, pág. 575.

■ 31 ALPA.: "Diritto del 'informatici", cit.

■ 32 ALPA, "Diritto del 'informatici", cit.

dos en base a condiciones predispuestas.

Esto trae a su vez serios problemas relativos a su interpretación y aplicación: el referido empleo de terminología ajena a nuestro sistema jurídico, la reiteración de cláusulas abusivas (muy especialmente las relativas a limitación o exclusión de responsabilidad) etc.

## V - LA VIDA DEL CONTRATO

### a) EL PERIODO PRECONTRACTUAL

La evolución operada en el campo de la informática hace que cada vez con mayor precisión se puedan satisfacer mayores necesidades del usuario. Esto se ha logrado por un permanente avance tecnológico en los sistemas, lo que determina la paralela necesidad de actualización continua para posibilitar la obtención de resultados más aceptables en la informatización de una determinada actividad.

El punto de partida para la obtención de una performance adecuada de los equipos y sistemas es el conocimiento de las necesidades. No es posible conseguir un sistema adecuado para el usuario, si este no comienza por conocer y definir sus necesidades.

La falta de tal conocimiento previo ha llevado al fracaso de las contrataciones, con todo lo negativo que esto conlleva en materia de pérdida de tiempo, erogaciones económicas, etc.

Los sistemas informáticos no pueden ser útiles sino cuando se han definido previamente con precisión las órdenes que deberán ejecutar y su papel y lugar para el futuro usuario<sup>33</sup>. En razón de ello -señala De Lamberterie- usuarios analistas de sistemas y constructores han tomado conciencia de la necesidad de acudir a una metodología más rigurosa en el análisis de la necesidad y determinación del servicio<sup>34</sup>.

Es precisamente en el período precontractual donde se delimita y precisa el objeto de la prestación. De aquí partirán las bases que asegurarán el éxito o condenarán al fracaso la negociación.

■ 33 DE LAMBERTERIE, I.: op. cit. pág. 63.

■ 34 DE LAMBERTERIE, I.: op. cit. pág. 63.

Aquí juega un papel fundamental la conducta del usuario, en cuanto a la debida descripción de sus necesidades y la correlativa conducta del proveedor en cuanto a la observancia de sus deberes de información y consejo.

Al usuario le corresponde el deber de estudiar y analizar sus necesidades.

Nadie más indicado que él para establecer el contenido del requerimiento efectuado al proveedor, contenido que debe partir de un adecuado y claro conocimiento de sus necesidades.

Con mucha frecuencia, nos recuerda De Lamberterie, -un estudio deficiente trae como consecuencia la elección de un sistema inadecuado del usuario que no ha analizado sus necesidades y que deberá tolerar las consecuencias de esa elección defectuosa<sup>35</sup>.

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

Las obligaciones que pesan sobre el usuario encuentran sus límites en las obligaciones que se le atribuyen al proveedor. En este sentido los tribunales franceses han reiterado el criterio que los proveedores -que se supone conocen de antemano las necesidades de sus clientes- no podrán devolver a éstos la responsabilidad por la falta de adecuación de la prestación a sus necesidades<sup>36</sup>.

En lo tocante al proveedor, el deber de información y consejo asume en esta etapa precontractual un papel protagónico<sup>37</sup>.

La distinta posición de las partes contratantes en cuanto a poder económico, la señalada diferencia en lo referente a conocimientos técnicos y práctica comercial hacen que los deberes de información y consejo puestos en cabeza del proveedor de bienes y servicios informáticos se transforme en pieza clave para mantener el equilibrio entre los contratantes. No es que se trate de un deber propio de la contratación informática, sino que en este campo se acrecienta, habida

■ 35 DE LAMBERTERIE, I.: op. cit. pág. 65.

■ 36 DE LAMBERTERIE, I.: op. cit. pág. 66.

■ 37 Se ha relativizado la relevancia actual del deber de consejo señalándose que de manera más general el deber de consejo del proveedor en los años 90 no tiene el contenido que le ha dado la jurisprudencia en los primeros tiempos de la informática; gracias a los diarios especializados, los conocimientos del utilizador medio no cesan de crecer. El lenguaje informático ha devenido en menos oscuro. El "buen padre de familia" de este fin de siglo conoce los límites y los riesgos de toda informatización. (LUCAS, A.: "Le droit de l'informatique", PUF, Paris 1987, pág. 418; BERTRAND, A.: "L'obligation de conseil et de renseignement en droit de l'informatique en 1986". Expertises, Mayo de 1986, pág. 114).

cuenta de las particularidades de la materia sobre la que versa la relación contractual.

Constituye un derivado natural del deber de comportarse de buena fe en las diversas fases del iter contractual, comenzando por las tratativas previas. En el derecho italiano está consagrado en los art. 1357 y 1375 del código civil y en nuestro derecho encuentra sustento en el art. 1198 del código civil.

Al lado de la información objetiva y de la puesta en guardia, el consejo presenta un carácter incitativo. El elaborador debe orientar de forma positiva la elección de su co-contratante, debe ayudarlo a expresar sus necesidades e interpretarlas, así como sugerir la solución apropiada. El no cumple correctamente esta misión si aconseja un equipamiento insuficiente o a la inversa muy sobre dimensionado e inútilmente costoso<sup>38</sup>.

Se ha señalado con agudeza que en la zona del mercado donde se distribuyen bienes y servicios de tecnología avanzada, el conocimiento técnico, el saber, es causa de desequilibrio en el negocio de cambio: la figura del comprador o del usuario en condicione de evaluar prudentemente, la calidad, el rendimiento, la correspondencia del producto con sus necesidades, deviene en modelo obsoleto<sup>39</sup>.

De esta forma se diferencia al técnico, operador profesional, dotado de conocimiento en su sector específico del profano, sea usuario o empresario, desprovisto de información técnica, lo que contribuye a establecer que el desarrollo tecnológico y la nueva realidad del mercado, legitiman nuevas formas de responsabilidad y deberes de información.

La intensidad de tutela reservada al contratante que se beneficia con la información depende, naturalmente, de las características de contenido y función de la comunicación debida<sup>40</sup>. Savatier distingue la hipótesis en la cual un sujeto es acreedor a una simple advertencia, de aquella en que requiere una información y de aquella otra en que existe un verdadero deber de consejo (que puede ser incitativo o disuasivo respecto a una decisión)<sup>41</sup>.

El deber de asesoría a cargo del proveedor -nos enseña De Lamberterie-

■ 38 LUCAS, A.: op. cit. pág. 417.

■ 39 MONINA, M.: "Contratti informatici e obblighi di informazione", en I contratti informatici, cit. pág. 124.

■ 40 MONINA, M.: op. cit. pág. 127.

■ 41 SAVATIER, R.: "Les contrats de conseil professionnel en droit prive", en Dalloz, 1972 Chron, pág. 137.

encuentra ante todos sus límites en el tipo de información a que el cliente tiene derecho y espera de él: se trata de informaciones técnicas. No se le puede reprochar al proveedor el hecho de haber aconsejado un material que pudiera responder a las necesidades de una filosofía de procesamiento diferente de aquella para la cual se firmó el contrato<sup>42</sup>.

En el ámbito de la jurisprudencia francesa a partir de los años 70 se fue consolidando una corriente propensa a extraer del principio de buena fe la existencia, a cargo del fabricante de bienes y servicios informáticos, de obligaciones de información y deberes de consejo sobre una serie de circunstancias esenciales para la economía del negocio<sup>43</sup>.

Es que la complejidad de las prestaciones y de los productos que forman el objeto de los contratos informáticos amplifica la incidencia del desequilibrio básico de información entre las partes, admitiendo el encuadre de la temática en el catálogo de cuestiones pertenecientes al "orden público tecnológico"<sup>44</sup>.

La obligación que tratamos a cargo del proveedor, tiene una doble faz: por una parte importa un deber de signo positivo (informar y aconsejar conforme a las pautas que hemos referido) pero paralelamente importa el deber de no ser reticente de no guardar silencio sobre situaciones detalladas y aspectos que de ser conocidos por el utilizador no habría determinado la contratación o ella se hubiera celebrado en condiciones distintas.

Cabe aquí señalar que debe diferenciarse la obligación precontractual de la obligación contractual de consejo. En la etapa que estamos refiriendo el deber de consejo se refiere a la elección del sistema y de los materiales. En la etapa contractual este deber se entiende referido a la formación del personal a la reorganización de los servicios o en su caso a la utilización de los aparatos.

La existencia de los referidos deberes a cargo del proveedor no puede colocar al usuario en una posición pasiva, al margen o por encima del contrato. El sinalagma contractual pone también a cargo del usuario ciertos deberes de diligencia para llegar a concluir la relación en términos adecuados.

■ 42 DE LAMBERTERIE, I.: op. cit. 68.

■ 43 La jurisprudencia francesa ha puesto constantemente a cargo de todo elaborador de sistemas informáticos la obligación accesoria de consejo. Así: Cass. Com. 17381, Bull Civ 4 N° 150, 118; París 5ª Ch. 15575, J.C.P., 176, 2, 18265; París 5ª Ch. 7586 en Gaz Pal. 9/10/87. La solución no es nueva ya que como anota LUCAS desde hace tiempo el notario, el arquitecto y el garagista tienen tales deberes (op. cit. pág. 416).

■ 44 IVANIER, T.: "De l'ordre technique al'ordre public technologique", citado por Monina, op. cit. pág. 123.

Esto es significativo y determinante en la etapa contractual, donde la buena fe exige de ambas partes la existencia de un diálogo sobre las necesidades del adquirente y la forma de satisfacerlas.

Resulta de interés observar la evolución operada en la jurisprudencia francesa. Hasta 1979 los tribunales galos sostuvieron que sólo el cliente era responsable si no había hecho un análisis profundo de sus necesidades. Este criterio se vió modificado, en parte, a partir de un pronunciamiento de la Corte de París del 3/4/79, en el cual se señaló que pertenece al cliente definir sus necesidades y los objetivos a alcanzar, formulando claramente la naturaleza y el volumen del trabajo a automatizar; pero, paralelamente se señaló que pesa sobre el proveedor una clara obligación de ayudar al cliente a expresar sus necesidades. De esta forma la obligación de informar del usuario se complementa con la del fabricante de informar y aconsejar<sup>45</sup>.

Adviértase que en este pronunciamiento el Tribunal no sólo se limita a dar fundamentos de carácter general, sino que delimita en forma circunstanciada el mutuo deber de información. Así, imputa al usuario el no haber llamado en su auxilio a un consejero especializado que hubiera podido traducir en lenguaje apropiado las operaciones a realizar por medios automatizados; pero, paralelamente, advierte sobre el deber del proveedor de ayudar al usuario a expresar sus necesidades, interpretarlas y proceder al estudio de ellas lo cual le hubiera permitido proponer material y métodos de tratamiento más adecuado a sus necesidades.

Cabe señalar que en este sentido el proveedor debe brindar al utilizador todos los informes necesarios acerca del equipamiento que contrata; y en particular debe comunicar:

- a) la calidad de los bienes a que se refiere el contrato,
- b) los usos posibles del material,
- c) el rendimiento del equipo en el tiempo,
- e) los elementos que permitan al usuario efectuar los cálculos sobre la rentabilidad del sistema adquirido, costo de adquisición, costo de mantenimiento, etc,

■ 45 PARIS, 5<sup>a</sup> Ch. "SARL Cavinet Sailliot c/Locafrance et Olivetti", en De Lamberterie, I.: Les contrats en informatique, Litec, París 1983, pág. 13.

- f) los eventuales riesgos de su utilización,
- g) el impacto del sistema adquirido en la estructura de la empresa,
- h) las necesidades complementarias del personal.

Las obligaciones que se ponen a cargo del proveedor parten de considerar a éste como un experto frente a un usuario, que de común carece de formación en la materia.

Esto se relaciona con la dimensión óptima del equipamiento contratado. Tanto el sobre dimensionamiento del sistema, como su insuficiencia, son extremos que deben ser evitados por el proveedor quien está en condiciones técnicas de medir las necesidades del usuario.

Desde luego que este deber de consejo a cargo del proveedor tiene sus límites ceñidos a lo técnico y no puede llegar a extremos que tornarían muy dificultosa la contratación informática por el cúmulo de responsabilidades que se pondrían en cabeza del proveedor.

En este sentido los Tribunales de París resolvieron el 10/4/76 en la causa "Cajus France" vs. IBM France que los consejos y las prevenciones que el cliente tenía derecho a esperar de parte del proveedor, no podían exceder el marco de lo técnico ilimitado a las condiciones de uso del material, como a los costos de locación de éste, por cuya razón el cliente no podría reprochar a IBM un error de apreciación del cual era enteramente responsable (la baja rentabilidad alcanzada con la utilización del material)<sup>46</sup>.

Distinta es la situación que se crea cuando el usuario es experto o se vale en la contratación de los servicios de un consejero o sociedad de consultores.

La jurisprudencia francesa ha considerado como iniciado al adquirente que dispone un departamento informático en su empresa, o que el equipo objeto de la contratación no corresponde a la primera generación de materiales informáticos. En estos casos las obligaciones y responsabilidades del proveedor, en lo atinente al deber de información y consejo, quedan reducidas.

El punto de equilibrio entre el deber de consejo del proveedor y el deber

■ 46 PARIS, 5<sup>ª</sup> Ch., cit. en De Lamberterie, " Les contrats en informatique", pág. 16.

de colaboración del utilizador depende de las circunstancias. En la práctica los tribunales son más exigentes para el utilizador si tiene una cierta experiencia en los problemas presentados por la informática<sup>47</sup>.

De haberse contratado un consejero los tribunales consagran una obligación imperativa de control y verificación a su cargo lo que obliga a éste a verificar los elementos e informaciones a el comunicado, solicitando la información complementaria que juzgue oportuna a los fines de apreciar afectivamente la adecuación del sistema contratado a las necesidades y exigencias del utilizador.

Así en la causa "Sté. Sopresur N.C.R. vs. Sté. Groupe Lebrun", la Cámara Quinta de París resolvió que el proveedor disminuye la posibilidad derivada de su comportamiento ante su cliente si tenía conocimiento de que éste había tomado, siguiendo su consejo, los servicios de una consultora especialmente calificada en gestión de informática, habiendo ella redactado el pliego de condiciones en función del cual quedaba eliminado todo riesgo en la elaboración de las necesidades del utilizador<sup>48</sup>.

En esta hipótesis los deberes del proveedor se limitan por una parte a proveer el material conforme a las exigencias del pliego y, por otra parte, a dar al consultor la información requerida sobre el sistema propuesto.

## **b) EL ACUERDO DE VOLUNTADES**

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

En materia informática ni la capacidad ni la causa ofrecen rasgos particulares.

Con relación al consentimiento, cabe destacar que su validez está supeditada a que sea prestada por una voluntad nítida y libre.

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

■ 47 LUCAS, A.: op. cit. pág. 423.

■ 48 DE LAMBERTERIE, I.: " Les contrats en informatique", cit. pág. 23.

La jurisprudencia francesa ha tenido oportunidad de anular un contrato informático por error fundando su decisión sobre la prueba negativa del elemento determinante: "no es posible deducir de esa actitud (la del cliente) que esa posibilidad de instalar el ordenador en el local de la calle ... no constituía un elemento esencial de la decisión que él (el cliente) había puesto en la aceptación del contrato". Este pronunciamiento abre -a juicio de De Lamberterie- una interpretación amplia del error sobre la sustancia en el dominio de la informática. Es un medio supletorio -se pregunta de establecer el equilibrio entre el cliente no especialista y el vendedor profesional?<sup>49</sup>.

El consentimiento también puede estar viciado por el dolo. Es interesante en la materia que nos ocupa el llamado dolo negativo (reticencia dolosa). La Corte de Casación francesa ha establecido que el dolo puede estar constituido por el silencio de una parte disimulando a su co-contratante un hecho que de haberlo sabido, lo hubiera inducido a no contratar (Casación Civil III 15/'6/71.).

La Sala V de la Corte de París tuvo oportunidad de aplicar este criterio en los autos "Sté. Savie c-Sté. Logobax"<sup>50</sup>. Allí se señaló que por su reticencia la Sociedad Logobax había faltado a la buena fe a la que tenía derecho la sociedad Savié, desde antes de las relaciones contractuales con su proveedor; que el silencio que Logobax ha observado es suficientemente grave para justificar la nulidad de la venta y que la Sociedad Savié se encuentra comprendida en las previsiones del Art. 1340 del Código Civil para invocar el vicio de consentimiento del que ha sido víctima y que no pudo conocer a la conclusión del contrato.

El tema relativo a la determinación del objeto de la prestación ha sido considerado más arriba.

### c) CLAUSULAS USUALES EN LOS CONTRATOS DE INFORMATICA

Es muy difícil dar una idea -aún cuando fuere aproximada- de las previsiones contractuales que puede contener un contrato informático. No obstante ello existen ciertas cláusulas que se reiteran con asiduidad y a las que pasamos a referirnos:

**a) Relativas a la modificación del objeto del contrato.** El iter que conduce a la elaboración de un sistema y a la puesta en funcionamiento puede pro-

■ 49 DE LAMBERTERIE, I.: "Les contrats en informatique", cit. pág. 8.

■ 50 DE LAMBERTERIE, I.: "Les contrats en informatique", cit. pág. 10.

longarse en el tiempo y es posible admitir que el usuario desee en ese lapso modificar o incorporar dispositivos adquiridos de otros proveedores.

Este derecho, ejercido en forma razonable ha sido reiteradamente reconocido.

Informado el proveedor de tal propósito deberá advertir acerca de las consecuencias adversas que según su criterio podría traer aparejado tal cambio, comprometiéndose a dar la información que dispusiere para asistir al usuario en la ejecución satisfactoria de la modificación o incorporación propuesta.

Estas cláusulas están destinadas a superar el problema inicialmente planteado en la industria informática en lo tocante a incompatibilidad entre sistemas de distintos proveedores, para tener cautivo al usuario en la satisfacción de necesidades futuras. Hoy el tema ha sido superado por las normas internacionales ISO (arquitectura de sistemas abiertos) u OSI (Open System Interconnection).

Receptando estas políticas las cláusulas tipo del CECUA establecen que el proveedor no modificará interfaz alguna del equipo físico ni del equipo lógico sin la conformidad previa del cliente y que el proveedor velará por que todo el equipo físico y todo el equipo lógico sean mutuamente compatibles y funcionen por medio de la oportuna interfaz a cualquier otro equipo físico y equipo lógico previsto en el contrato<sup>51</sup>.

**b) Relativas a garantías de funcionamiento:** El proveedor debe obligarse a asegurar el rendimiento de las prestaciones durante un período de garantía establecida en el contrato. Este período es totalmente independiente del fijado para las pruebas de recepción y recién comenzará a funcionar a partir de la finalización de éstas una vez efectuada la recepción definitiva.

Durante este período el proveedor se obliga al mantenimiento correctivo, preventivo y sistemático del equipo y en su transcurso estará obligado a corregir a su costo y sin demora todas las fallas que se produjeren, a menos que pudiera probar que las deficiencias se originaron en causas que no fuera defecto de fabricación, defecto de material o de concepción.<sup>52</sup>

Es frecuente establecer que en el supuesto de interrupción del funciona-

■ 51 Cláusulas 20.1 y 20.2.

■ 52 CECUA. Cláusula 23.1

miento por defectos de fabricación o de materiales los tiempos se sumarán y el plazo de garantía se prorrogará por igual término.

En el supuesto en que el tiempo de interrupción supere determinados límites, el plazo de garantía será renovado y comenzará a correr nuevamente en toda su extensión.<sup>53</sup>

También se debe garantizar la adaptabilidad del equipo y los programas entre sí. Esto es, la adecuación del hardware al software o viceversa; tanto al software de base de que disponga el usuario en su caso, como al de utilidades e implementación con la aplicación.<sup>54</sup>

#### **c) Garantías con respecto a los derechos de Propiedad intelectual o industrial.**

El proveedor debe asumir a su costo la defensa en juicio de cualquier litigio que derive de infracciones o presuntas infracciones de patentes, derechos de autor o secretos industriales y saneará al cliente de cualquier gasto que se irrogue con relación a tales litigios<sup>55</sup>.

El usuario no tiene por qué indagar acerca de los derechos que se transmiten en el contrato, y si el mismo diere lugar a reclamos originados en los derechos de propiedad intelectual o industrial, el proveedor debe asumir su defensa. De no concebirse una cláusula de este tenor, el usuario, adquirente del sistema podría ser condenado por infracción a los citados regímenes legales.

**d) Capacitación del Personal del usuario:** El permanente cambio de la tecnología informática torna imprescindible la capacitación del personal del usuario afectado a este campo; capacitación que en los hechos importa una transferencia de tecnología elemental que satisfaga las exigencias de una utilización adecuada de los sistemas.

Esta capacitación puede convenirse de diversas formas, ya sea mediante el dictado de cursos en la sede del usuario, mediante la asistencia del personal de éste a cursos dictados en la sede del proveedor, etc.

En las cláusulas tipo del CECUA se establece que el proveedor imparti-

■ 53 CECUA. Cláusula 23.2

■ 54 DAVARA RODRIGUEZ, M.: "Derecho informático", Ed. Aranzadi, Pamplona 1993, pág. 247.

■ 55 CECUA: Cláusula 30.1. y CORREA, C. y otros: "Derecho informático", De Palma 1987, pág. 176.

rá una formación adecuada a un número suficiente de personas de la plantilla del cliente con el fin de asegurar el cumplimiento satisfactorio y eficiente del equipo físico y del equipo lógico. La formación comprenderá la prevista en el anexo pertinente o en otra parte del contrato sin que pueda limitarse a la prevista en tales términos. A menos que se hubiera previsto otra cosa en el contrato, no se exigirá contraprestación alguna por la formación.

**e) Documentación:** El proveedor debe suministrar al usuario un conjunto de manuales y documentación anexa que permitirá un funcionamiento satisfactorio y eficiente de los equipos.

Contractualmente deberá establecerse el tipo de documentación que se entregue y la oportunidad en que ella tendrá lugar. Asimismo se establecerá la obligación de actualizar o sustituir tales documentos durante un período razonable de tiempo.

La documentación se considera que integra el equipo físico y el equipo lógico por cuya razón la originariamente entregada debe incluirse en el precio de éstos. Tanto el manual como los elementos anexos deben ser de clara comprensión para una persona no técnica y estar escritos en el idioma del usuario.

Un buen sistema debe poseer una documentación capaz de proporcionar información sobre cualquier fallo o error que se produzca. Para ello dispondrá de un listado de errores y de un auto chequeo que, por medio de test de todos sus componentes, lance en forma automática al propio sistema y pueda informar al usuario el momento en que se detecte un fallo, averías o errores en los programas.

Al mismo tiempo, la documentación proporcionará al usuario la posible solución o la actividad óptima en cada caso o problema que se le plantee<sup>56</sup>.

**f) Asistencia técnica:** El proveedor debe suministrar asistencia técnica de consultoría de sistemas al usuario.

Dentro del concepto de asistencia técnica debe incluirse: concepción de sistemas, programas de ayuda a la programación, adaptación de programas, concepción de bases de datos y fichero, distribución en planta, instalación física, asesoramiento en organización y dirección, gestión de proyecto, etc.<sup>57</sup>.

■ 56 DAVARA RODRIGUEZ, M.: op. cit. pág. 254.

■ 57 HEREDERO HIGUERAS, M.: op. cit. pág. 114.

Existe una asistencia técnica elemental que esté o no estipulada contractualmente el proveedor debe prestar como complemento de la entrega de los equipos físicos y lógicos. Otro tipo de asistencia debe ser pactada en cuanto a tiempo, precios y tarifas.

**g) Nulidad parcial de cláusulas:** Frecuentemente en los contratos tipo, se incluye la cláusula de “severance” o “severability” que importa la posibilidad de excluir del contrato cláusulas nulas o anulables, sin afectar el funcionamiento del conjunto.

Si se interpretan literalmente estas cláusulas, se podrían llegar a sostener soluciones disvaliosas para nuestro sistema de derecho continental. Será necesario considerar en cada supuesto si la cláusula en cuestión es determinante de la voluntad contractual de una de las partes, sin cuya inclusión no hubiere contratado o si por el contrario se trata simplemente de una cláusula de valor secundario que no incide en la economía del contrato. A más de los principios generales, propios de toda relación contractual, habrá que tomar en consideración que nos encontramos transitando en el campo de sistemas, lo cual -complementariamente- importa respetar la armonización de los mismos para permitir al contrato cumplir con los fines tenidos en consideración por las partes.

**h) Confidencialidad:** La confidencialidad es muy importante para ambas partes en la contratación informática.

Desde el ángulo del proveedor y más allá de la documentación que entrega, resulta necesario que en sistemas complejos transmita información calificada que pertenece al área reservada de la empresa y que, obviamente, no tiene interés en que se haga público.

En lo que respecta al usuario, la informatización de la empresa o de un área específica de la misma implica hacer conocer secretos de la organización empresarial, clientes, elaboración de costos, etc.

Por otra parte, es necesario garantizar que la información confidencial a la que accedan empleados y subcontratistas goce de igual tratamiento.

En este sentido las cláusulas del CECUA establecen que el proveedor y el cliente mantendrán en secreto cualquier información obtenida en virtud del contrato y no la divulgarán a terceros sin el consentimiento expresado por escrito de la otra parte, correspondiendo al proveedor imponer la misma obligación

a quienes fueran parte en sus sub-contratos.<sup>58</sup>

**i) Repuestos:** Es fundamental para el usuario disponer de repuestos originales durante toda la vida útil del sistema adquirido, ya que la falta de reposición de piezas que lo integran puede llevar a inutilizar el equipo para la función que le ha sido asignada.

Esta garantía impone al proveedor la obligación de mantener en el país en que se haya instalado el equipo un stock de repuestos que posibilite el inmediato recambio de la pieza averiada o inutilizada por lo menos en un plazo que iguale al de la vida útil prevista para el equipo.

En este sentido, las cláusulas tipo del CECUA establecen que durante los diez años que siguieren a la fecha de recepción el proveedor asegurará un suministro adecuado y puntual de repuestos que haga posible el debido mantenimiento del equipo físico. Las piezas se almacenarán en el país en el que radicaren los locales, a menos que otra cosa se pactare<sup>59</sup>.

#### **d) LA EJECUCION DEL CONTRATO**

Suscripto el contrato comienza el periodo de ejecución de las prestaciones comprometidas por ambas partes (entrega, pago de precio, mantenimiento, etc.); así como entran a jugar las garantías (en especial la de vicios ocultos).

Consideramos de utilidad para nuestro análisis referirnos a tres puntos: a) entrega y recepción del sistema; b) garantía por vicios ocultos y c) mantenimiento.

**a) Entrega y recepción del sistema:** El tema de la entrega de los equipos y de la consiguiente conformidad, tiene en materia informática una relevancia fundamental. El mero hecho de la tradición del equipo o la puesta a disposición del mismo en el local del usuario no puede implicar lo que en los supuestos contractuales normales se denomina "entrega"<sup>60</sup>.

■ 58 CECUA: Cláusula 32. 1.

■ 59 CECUA: Cláusulas 17.

■ 60 Para los sistemas complejos es imposible asegurar inmediatamente la perfecta conformidad de la cosa. Es necesario observar un período razonable a fin de poder testear el equipo, al menos en sus performances esenciales (DE LOPHEN, E y THUNIS, X., en "Le droit des contrats informatiques", Centre de Recherche informatique et droit des Facultas Universitaires de Namur, Namur, 1987, pág. 257.

Tal entrega se integra en la materia que nos ocupa en una serie de pasos que conducen a obtener una conformidad vinculada al destino asignado en la contratación.<sup>61</sup>

La tradición del equipo constituye el paso inicial e implica la puesta a disposición de los bienes, más no tiene los efectos jurídicos propios del cumplimiento del contrato.<sup>62</sup>

Es importante al momento de la tradición verificar si el equipo entregado se conforma no sólo con los aspectos estructurales contemplados en el contrato, sino también si las características que el proveedor atribuye a los bienes en su publicidad se adecua o no a la realidad<sup>63</sup>, tema que ha dado lugar a la denominada “doctrina de la integración publicitaria del contrato”.

En este sentido la ley española de defensa del consumidor establece que “las prestaciones propias de cada producto o servicio y las condiciones y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aún cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado”. Disposiciones similares rezan en el Código Brasileño de Defensa del Consumidor (art. 30).

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

Aún cuando no se hubieren previsto pruebas en el contrato, el usuario tiene derecho a realizar pruebas que demuestren que el equipo físico y el equipo lógico se conforman a las exigencias contractuales.

La jurisprudencia francesa subordina el cumplimiento del proveedor a la entrega del material conforme a la orden, entendida -en algunos casos- en un sentido lato. En otros supuestos se ha hecho referencia al uso al cual estaba destinado el material, estableciéndose que el proveedor no ha cumplido con su

- 61 La entrega de diferentes componentes de un sistema informático puede ser escalonada en un período más o menos largo. En este caso se puede admitir que tests sumarios puedan ser efectuados para cada parte aislada, no siendo aconsejable disponer un procedimiento global de aceptación de la instalación completa, comprendido el programa. Este método garantiza tests serios sobre el ensamble del sistema y evita retardos en la entrega (De LOPHEN, E y THUNIS, X. op. cit. pág. 257).
- 62 En los contratos informáticos cabe distinguir la entrega de la instalación. La entrega consiste en poner el material a disposición del cliente en sus locales. La instalación de la operación que sigue a la puesta a disposición del material y por la cual el proveedor toma todas las medidas adecuadas (cableado, instalación eléctrica, etc.) para ser posible la operación del sistema (Thunis, X. en op. cit. pág. 238).
- 63 HEREDERO HIGUERAS, M.: op. cit. pág. 120.

deber de entrega, puesto que sólo ha entregado un material que se juzga impropio para el uso al cual estaba destinado<sup>64</sup>.

Las pruebas de aptitud deben llevarse a cabo de conformidad con lo previsto en el calendario, o en su defecto en las fechas que posteriormente aprueben las partes.

Estas pruebas, por tratarse de pruebas normalizadas no es previsible que reflejen siempre las necesidades específicas del cliente, en especial cuando en este compra el sistema sobre la base de sus propias condiciones en cuanto a rendimiento, en lugar de un equipo de características conocidas<sup>65</sup>. Lo correcto es que el cliente defina en los documentos preparatorios del período pre-contratual el rendimiento que pretende obtener del equipo físico y del lógico.

En el supuesto que el equipo físico o el lógico no cumplieren la exigencia de interoperabilidad de sistema, cabría concluir que el proveedor no ha cumplido las condiciones pactadas en el contrato y el usuario tendrá derecho a reusar la entrega de equipos, resolviendo el contrato o puede elegir otras opciones (recepción parcial, ampliación de las pruebas a expensas del proveedor, etc.).

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

En este sentido la CECUA establece que los proveedores cumplirán las prestaciones de conformidad con las normas técnicas aplicadas en los buenos usos de la práctica informática.

El equipo físico y el equipo lógico estarán libres de todo defecto debido a concepción deficiente, falta de competencia profesional o empleo de materiales defectuosos y cumplirá las funciones y se ajustará a las condiciones y características establecidas u ofrecidas por el proveedor o modificadas en el contrato.<sup>66</sup>

El concepto de "buenos usos en la práctica informática" implica que las prestaciones deben ser cumplidas por el proveedor de conformidad con las normas, la tecnología, la concepción (arquitectura de sistemas), la fabricación, el

■ 64 DE LAMBERTERIE, J.: " Contratos informáticos " cit. pág. 68.

■ 65 CECUA: op. cit. pág. 63

■ 66 CECUA (cláusulas 15.1 y 15.2).

equipo lógico, etc., propios del estado de la técnica<sup>67</sup>.

Existen en muchos países organismos de normalización, habiéndose creado una Asociación Internacional para unificar criterios (ISO: International Standards Organization).

**b) Mantenimiento:** El mantenimiento consiste en un servicio de conservación preventivo, y fundamentalmente de reparación. Es obvio destacar la relevancia de este servicio para el usuario, de allí que surjan con frecuencia conflictos que ponen en debate temas relativos a la calidad del servicio y a los plazos de intervención frente a la existencia de fallas en el sistema.

El mantenimiento puede ser contratado por los propios proveedores del sistema o por un tercero, práctica esta utilizada con mayor frecuencia.

La obligación asumida por el prestador del servicio, involucra el mantenimiento preventivo, sistemático y correctivo de los bienes, así como la sustitución de las piezas defectuosas.

En la práctica el mantenimiento puede convenirse como obligación de resultados (permanencia del equipo en estado de cumplir normalmente sus funciones) o como obligación de medio (tiempos de servicios, cambios de piezas, etc.)<sup>68</sup>.

En el primer caso las obligaciones del prestador son mucho más severas, exigiendo garantías de tiempos máximos entre avería (MTBF) o de reparación (MTTR) unidas a la obligación de asumir prestaciones sustitutivas (por ejemplo, suplencia del equipo mediante otro equipo de cobertura).<sup>69</sup>

Con frecuencia, el acuerdo de mantenimiento no precisa los plazos de intervención del proveedor en caso de averías. En tales casos los Jueces toman en cuenta la tasa la inmovilización del sistema y hacen referencia al porcentaje promedio aceptable. Para apreciar la calidad del servicio se ha tomado en cuenta la diligencia del proveedor que ha dado o no su asistencia técnica con la prontitud deseada para remediar el funcionamiento deficitario del sistema<sup>70</sup>.

■ 67 CECUA op. cit. pág. 70.

■ 68 CECUA op. cit. pág. 71.

■ 69 CECUA op. cit. pág. 72.

■ 70 DE LAMBERTERIE, I.: " Contratos informáticos", cit. pág. 78.

**c) Garantía por vicios ocultos:** Fuera de las garantías convencionales que puedan ser estipuladas existe la garantía legal de responder por los vicios redhibitorios, ya que compete al proveedor transmitir una posesión útil conforme a la finalidad requerida.

En el ámbito informático se considera vicios ocultos el supuesto de que el equipo físico y el equipo lógico no sean aptos para el fin al cual se lo destinen, por causa de defectos que existían pero que no eran manifiestos en el momento en que el equipo físico y el equipo lógico fueron servidos al cliente<sup>71</sup>.

Según el art. 2164 del Código Civil argentino, el vicio redhibitorio debe ser oculto, existente al tiempo de la adquisición y debe hacer a la cosa transmitida impropia para su destino. Requisitos a los cuales la jurisprudencia ha adicionado el de gravedad.

Sobre el particular, tanto doctrina como jurisprudencia han insistido en el sentido de que un elemento de primer orden para la determinación del vicio es el conocimiento del destino que el adquirente le desea dar a la cosa adquirida. Conforme a criterios tradicionales, empleados con relación a otros supuestos, el vicio debe ser inherente a la cosa en forma tal que impida su uso (por ejemplo, un defecto de los materiales).

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

Se impone, en consecuencia, una interpretación funcional del vicio oculto. El material tiene su importancia, más la garantía no puede satisfacerse con ese sólo recaudo. La causa del contrato para el adquirente es la informatización de sus actividades para llegar a determinados fines que tuvo en cuenta, en forma implícita o explícita, al contratar.<sup>72</sup>

La interpretación funcional de la garantía de vicios ocultos toma en consideración la función de la cosa entregada así como el fin perseguido por el adquirente. Numerosos fallos franceses insisten sobre el carácter determinante del conocimiento por el vendedor del destino de la cosa vendida, visualizada

■ 71 CECUA op. cit. pág. 24.

■ 72 (De Loffhen E. y Thunis, X. en *Le droit des contrats informatiques* cit. pág. 265.

por el adquirente, así como el resultado previsto por éste<sup>73</sup>.

El defecto debe presentar una cierta gravedad y constituir un obstáculo lo suficientemente serio para el buen funcionamiento del equipo. De esta forma se ha entendido que incidentes menores de funcionamiento no atentan contra el uso de un equipo. Así una decisión de la Corte de Apelaciones de París estimó que un vicio que afectaba un 10% del funcionamiento del sistema informático era aceptable<sup>74</sup>.

El vicio, además, debe ser oculto. En este sentido el art. 2170 del Código Civil argentino declara exento de responsabilidad al vendedor, si el adquirente lo conocía o debía conocerlo en función de su profesión u oficio. Esto nos remite al control de conformidad por entrega al cual hemos hecho referencia más arriba.

Como principio general debemos señalar que cuanto más complejo es el material y menos conocimiento tiene el adquirente cobrará mayor entidad la garantía por vicios ocultos en relación con el control de conformidad.

En este sentido resulta esclarecedor el criterio de los Tribunales franceses con relación a la capacidad de memoria. Descubierto antes del control de conformidad (en el período correspondiente a los test de aceptación) constituye un defecto aparente que no cierra la responsabilidad del proveedor.

Descubierto luego de cumplidos los test puede constituir un vicio oculto que impida la utilización del material por el adquirente. La fecha de instalación y aún menos la de tradición no pueden servir de punto de partida a la garantía de vicios ocultos. Sólo después de la recepción definitiva del sistema por el cliente puede comenzar a jugar esta garantía<sup>75</sup>.

El plazo para el ejercicio de las acciones es sumamente breve, pero la jurisprudencia de los Tribunales ha entendido que se computa desde la fecha en que el comprador tuvo conocimiento del vicio.

Los Tribunales franceses, con relación a este tema han admitido la sus-

■ 73 (De Lofhen E, y Thunis, X. op. cit. pág. 265).

■ 74 La fecha de instalación y aún menos la de tradición, no pueden servir de punto de partida a la garantía de vicios ocultos. Solo después de la recepción definitiva del sistema por el cliente puede comenzar a jugar esta garantía (Thunis, X. op. cit. pág. 238).

■ 75 DE LOPHEM, E. op. cit. pág. 238.

pensión del curso de la prescripción mientras se extiendan las conversaciones con el proveedor o se realice la investigación de los vicios por un experto. En este caso, el día del descubrimiento del vicio a los fines referidos, es el día de la presentación de la pericia.

La jurisprudencia belga hace pesar sobre el proveedor profesional una presunción de conocimiento de los vicios que afecta la cosa entregada. De allí deriva una doble consecuencia: el vendedor profesional no puede limitar convencionalmente su garantía (art. 1643 del C. Civil) y deberá reparar todas las consecuencias del daño causado por vicios ocultos (art. 1645 del C. Civil). El vendedor sólo podrá excluir su responsabilidad probando que su ignorancia era invencible, ya que no conocía los vicios o no habría podido conocerlos en condiciones normales.

El art. 2176 del Código Civil argentino contiene una norma que conceptuamos relevante en materia informática. Si el vendedor conoce o debía conocer por razones de su oficio o arte los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida y no lo manifestó al comprador, tendrá éste, a más de las acciones de los arts. 2173 y 2174, el derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios.

#### **e) LIMITACION Y EXONERACION DE RESPONSABILIDAD EN LOS CONTRATOS INFORMATICOS**

1. El tema de la limitación de la responsabilidad no es nuevo y su aplicación a la materia informática no hace más que seguir una corriente común a otras disciplinas.

Los problemas causados por las cláusulas de exclusión de responsabilidad -afirman Cheshire, Fittof y Formston- coinciden parcialmente con los causados por otros dos temas emergentes del moderno derecho de los contratos: el uso creciente de los "standards form contracts" y el desarrollo de las normas especiales para la protección de los consumidores.<sup>76</sup>

La producción y distribución masiva ha llevado a la estandarización de las actividades negociales. Los contratos concluidos sobre la base de condiciones predispuestas tienen una función económica de relevancia: garantiza a la empresa el poder programar la circulación, ejerciendo su control preciso sobre los actos singulares de cambio. La posición de los diversos adquirentes cede el paso ante

■ 76 Cit. en J.C. REZZONICO, " Contratos con cláusulas predispuestas", Astren, Buenos Aires, 1987, p. 492.

la prospectiva de un control generalizado sobre el acto de cambio, en cuanto es parte del fenómeno circulatorio global. El contrato -lo señala Franzoni- no puede ser concebido en función de la adquisición de la propiedad; asume una función social por cuanto la circulación de la riqueza, y no de la propiedad -en cuanto riqueza-, ha devenido en objeto de la tutela.<sup>77</sup>

En este contexto, la limitación de la responsabilidad está íntimamente ligada a la necesidad de programar la circulación de bienes. La empresa necesita limitar al máximo el costo de los daños derivados directa o indirectamente de su actuación en el mercado, y las cláusulas limitativas o exonerativas de responsabilidad son instrumentos aptos e idóneos para lograrlo; vuelcan sobre el adquirente el costo de los eventuales perjuicios producidos por el producto o servicio dado.

Pero esta lógica económica no encuentra un fundamento moral o jurídico aceptable. Los vientos que soplan en materia de responsabilidad civil tienden a la distribución del riesgo, fundados en ideas de solidaridad social que contemplan prioritariamente los intereses de la víctima.

Si bien los diversos sistemas jurídicos admiten la validez de tales cláusulas, como principio general, tanto la ley como la jurisprudencia han ido cercando paulatinamente la esfera de actuación de ellas, en un movimiento que ha ido acompasado con la evolución de los riesgos tecnológicos.

El límite, lo señala Ripert, se halla en la violación de la regla moral, cuyo respeto ha asegurado la jurisprudencia, nulificando las cláusulas de exoneración de dolo o falta grave, equivalente al dolo, "no sólo porque la libertad contractual se detiene cuando se trata de escapar a la observancia del deber de no dañar a otro, sino, en definitiva, porque la ley civil debe proteger al hombre contra su propia imprudencia y sobre todo contra la sorpresa de su consentimiento".<sup>78</sup>

Es que la exoneración de responsabilidad en supuesto que claramente corresponde ponerla en cabeza del proveedor conduce a una ruptura del equilibrio que supone la relación contractual, violando la buena fe y distorsionando el sinalagma contractual.

En estos tiempos la legislación universal tiende a la protección del consumidor, cuyo estudio se ha convertido en una nueva rama jurídica. Uno de los

■ 77 M. FRANZONI, "Colpa presunta e responsabilità del debitore", Cedam, Padua, 1988, p. 28.

■ 78 REZZONICO, ob cit., p. 499.

pilares sobre los cuales se asienta este derecho, es precisamente la protección del consumidor ante los abusos originados por la contratación en masa.

### *1. Las cláusulas limitativas de responsabilidad en materia informática.*

Es obvio destacar la relevancia que cobra en esta materia la responsabilidad por daños. La utilización masiva del computador en las más diversas ramas del quehacer humano acrecienta la posibilidad de daños, no sólo respecto al usuario, sino también a terceros en general; daños cuya estimación es difícil de prever.

Consecuencia de ello es que ha constituido una constante preocupación para los fabricantes de redacción de contratos donde en forma desembozada o utilizando medios sutiles, se vuelca sobre el usuario la responsabilidad por daños.

Francisco Novelli nos recuerda que la muchas veces invocada disparidad de poder contractual entre fabricante y usuario, produce en este campo los efectos más devastadores, al punto tal que se podría catalogar los remedios previstos por el Código y al lado de cada uno de ellos la cláusula contractual pre-dispuesta para neutralizarlo.<sup>79</sup> Coincidentemente con ello, G. Alpa señala que es posible verificar mediante el examen de muchos formularios-tipo concretamente utilizados en la praxis comercial, en los contratos de venta o locación de sistemas computarizados que las cláusulas vejatorias son muy numerosas, porque la principal preocupación del fabricante-productor es la de individualizar y circunscribir el ámbito de responsabilidad, de fijar en términos precisos y rigurosos los plazos para denuncia de los vicios, para los reclamos, para la resolución del contrato y la de excluir toda forma de responsabilidad.<sup>80</sup>

Los contratos referidos a bienes o servicios informáticos han sido plasmados con cierta uniformidad sobre la base de modelos anglosajones que contienen numerosas cláusulas derogatorias de responsabilidad que ubican -a la postre- al usuario en una situación de indefensión.<sup>81</sup>

- 79 F. NOVELLI, "L'inadempimento nei contratti di software", comunicación al 4° Congreso Informatica e Regolamentazioni Giuridiche, Roma, mayo 1988.
- 80 G. ALPA, "Diritto dell'informatica: nove terminologie per l'applicazione del diritto comune", comunicación al 4° Congreso, cit.
- 81 El mundo de la informática ha adoptado en forma amplia la vía de la libre contratación, en especial las sociedades multinacionales que se han servido en gran medida de tales métodos en la contratación con adquirentes del tercer mundo, cuyos sistemas legislativos hoy no están en condiciones de hacer frente a las exigencias del comercio internacional moderno, por su escaso desarrollo (E. Marigliolo).

El abuso de tales cláusulas ha llevado en algunos episodios recientes a justificar un penetrante examen de mérito sobre la razonabilidad comercial de la exoneración o limitación de la responsabilidad establecida en los contratos, aún respecto a los celebrados entre operadores que revisten ambos el *status* de empresarios.<sup>82</sup> ¿Es posible -se pregunta Giandomenico- que un productor de tecnología de extrema elaboración pueda establecer un negocio contractual con un cliente sustancialmente inerte, dictar las condiciones, sacar provecho sobre sus ventajas y no responder por sus errores, sino por dolo o culpa grave, aún en el supuesto que provoquen daños ingentes?<sup>83</sup>

La referida disposición a liberarse de responsabilidad, se enfrenta con importantes corrientes del pensamiento jurídico contemporáneo que llegan a admitir en esta materia una obligación contractual de garantía por parte del productor, traducible en una responsabilidad objetiva.

### *2. Algunas cláusulas usuales en la materia.*

Para precisar los conceptos esbozados, vamos a referirnos a algunas cláusulas que con mayor frecuencia se insertan en los contratos referidos a bienes o servicios informáticos.

#### *a) Relativas a la garantía del funcionamiento del sistema.*

La cláusula establece que la máquina está exenta de vicios de material o de construcción con relación a las características que resulten de las especificaciones técnicas contempladas en la contratación. Excluye expresamente la responsabilidad por otros vicios, así como la eventual idoneidad de la máquina para el uso al cual está destinada por el cliente.

Excluye asimismo la garantía por el funcionamiento sin interrupciones o errores. En caso de daño el proveedor se compromete a reparar o sustituir (a su elección) la parte averiada, o, en su caso, el equipo, siempre que la denuncia sea tempestiva y que el vicio sea reconocido por un técnico dependiente del proveedor.

Se excluye en forma expresa el derecho de solicitar la reducción del pre-

■ 82 ROSELLO, op. cit. p 112.

■ 83 G. GIANDOMENICO, "Su alcuni aspetti giuridici dell'assistenza e manutenzione di software", en "Riv. del Diritto Commerciale", 1987, p. 40.

cio, la resolución del contrato o el resarcimiento de los daños causados por el referido vicio.

Para completar el cerco, se establece que el vendedor no asume otras obligaciones y que el adquirente no goza de otros derechos al margen de los que surjan del acuerdo.

Estas limitaciones y exclusiones de responsabilidad en materia de funcionamiento de equipos informáticos es contraria a la naturaleza de las obligaciones asumidas por el proveedor.

Hemos señalado reiteradamente que en nuestro concepto el proveedor de equipos informáticos asume una obligación de resultado, lo que implica una correlativa obligación de garantía respecto al correcto funcionamiento y utilidad del sistema, conforme a los requerimientos del usuario. Una computadora que no sea funcional -remarca Gianantonio- es sólo un montón de hierros inútiles.

En el derecho italiano, el art. 1229 del Código Civil declara nulo todo pacto que excluya o limite preventivamente la responsabilidad del deudor por dolo o culpa grave; y específicamente en materia de compraventa el art. 1490 del mismo ordenamiento declara a cargo del vendedor la obligación de garantía de que la cosa vendida esté exenta de vicios que la hagan inidónea para el uso al cual está destinada o que disminuya de modo apreciable su valor. El pacto en virtud del cual se excluya o limite la garantía no tiene efecto si el vendedor ha ocultado de mala fé los vicios de la cosa al comprador.

Si se trata de falta de calidad (prestación esencial), el art. 1497 contempla en forma expresa la posibilidad de exonerar al vendedor de la responsabilidad. Es dudosa para Rosello que tal posibilidad sea admitida por vía jurisprudencial por cuanto vendría a faltar la protección mínima del vendedor y, por ende, la justificación del obligado de pagar el precio: en definitiva, la causa del contrato.

b) Relativo a la eximición de responsabilidad del proveedor, en el caso de inexacta o errónea formulación de las especificaciones técnicas, por parte del cliente, en el contrato de desarrollo del software.

En esta hipótesis la tutela del utilizador está prevista en el referido art. 1229 del C. Civil italiano. Los principios de orden público económico llevarían a afirmar la nulidad de esta cláusula de exoneración de responsabilidad en caso de disparidad de información entre los contratantes.

Si bien es cierto que en Italia la jurisprudencia no ha creado reglas análogas a las elaboradas en Francia sobre nulidad de cláusulas de eximición de garantía predispuestas por el vendedor profesional, la solución se la ha encarado estimando que existe culpa grave en este proceder<sup>84</sup>.

c) La cláusula que en el contrato de mantenimiento establece que el proveedor no será responsable en ningún caso por los daños causados por el mero uso, ni por los que resulten de la imposibilidad de prestar el servicio por catástrofes, conflictos laborales u otras situaciones anormales.

El mantenimiento, tanto preventivo como funcional, implica una actividad esencial e imprescindible no sólo para la marcha del equipo de computación, sino para el complejo de actividades que normalmente desarrolla la empresa. Aquí se acentúa la obligación contractual de garantía, no sólo en lo que respecta a la prestación del servicio, sino en lo relativo a los eventuales daños causados por el uso e imputables al mantenimiento.<sup>85</sup>

En ese sentido, la suspensión de los servicios de mantenimiento y asistencia técnica sólo puede ser admitida en circunstancias en extremo restringidas, ya que tal como lo ha indicado la jurisprudencia italiana, constituye peligro de daño grave e irreparable la suspensión de la asistencia técnica a un sistema de elaboración, que sólo la constructora está en condiciones de prestar, porque puede comprometer el funcionamiento de la empresa beneficiaria<sup>86</sup>.

d) La cláusula que establece que el comprador, con respecto a las máquinas y programas, conviene en aceptar la responsabilidad por su elección para alcanzar los resultados por él pretendidos, por su uso y por los resultados obtenidos en consecuencia.

Hemos señalado reiteradamente que el deber de información y consejo es insoslayable para el proveedor de equipos informáticos, sobre todo tomando en consideración el desnivel de conocimientos tecnológicos existente entre el fabricante y el usuario. El desligarse de toda responsabilidad en función del incumplimiento de tales deberes es abusivo.

■ 84 L. CABELLA PISU, "La disciplina delle garanzie nei contratti e nel Codice", en *Contratti di informatica*, a cura di G. Alpa, Giuffrè, ed., p. 91.

■ 85 El tema debe ser resuelto, en opinión de Giandomenico, con la intervención radical del legislador; mas los esfuerzos elaborados para obtener resultados más apreciables de equidad, deben ser perseguidos en el cuadro del actual derecho positivo (Alea e rischio contrattuale nei contratti di assistenza, en *I contratti di informatica*, cit., p. 181).

■ 86 "Diritto Inf.", 1985, p. 741.

Por otra parte, si bien es admisible que el usuario asuma la responsabilidad derivada del uso incorrecto del sistema, resulta inconcebible hacerlo responsable por todas las consecuencias derivadas de su uso, comprendiendo el normal y aconsejado por el proveedor.

### *3. Las soluciones del derecho comparado.*

En Francia, la validez de las cláusulas limitativas de responsabilidad está sujeta a las barreras puestas por el orden público y las disposiciones legales imperativas.

La interdicción de dispensa del dolo es el primer límite a las cláusulas mencionadas.

La Casación subordina la validez de las cláusulas limitativas de responsabilidad a la falta de intención en el sujeto predisponente.

Con relación a la compra de mercaderías en género, la jurisprudencia tiende a excluir la validez de cláusulas de exoneración de responsabilidad por vicios, propuestas por el fabricante o vendedor profesional, con fundamento en la existencia de una presunción de conocimiento del vicio por parte del sujeto.

La doctrina francesa considera que tal orientación jurisprudencial manifiesta no sólo la afirmación de una presunción absoluta de conocimiento del vicio, sino la formulación de un nuevo principio en función del cual el productor y el vendedor profesional están sujetos a una obligación de resultado, esto es, de prestar un producto idóneo para el uso al cual ha sido vendido. Este criterio es de estricta aplicación en materia informática.

El tema también ha sido abordado por la legislación de defensa del consumidor. El art. 35 de la ley 78-23 establece la facultad del Consejo de Estado de prohibir, reglamentar o limitar determinadas cláusulas abusivas, en tanto aparezcan impuestas a los no profesionales o consumidores por un abuso del poder económico de la otra parte, que se asegure una ventaja excesiva.

A su vez, el art. 4 del decreto 78-464 dispone que el empresario debe mencionar con claridad que se aplica en todas las situaciones la garantía legal que obliga al vendedor profesional a garantizar al comprador las consecuencias derivadas de defectos o vicios ocultos de la cosa vendida o del servicio prestado.

En Alemania existe una ley regulatoria del derecho de las condiciones

generales.

Entre otras disposiciones, esta ley establece que las estipulaciones contenidas en condiciones generales negociales son ineficaces cuando perjudican al adherente en forma indebida, violentando el principio de buena fe.

En caso de duda se presume la existencia de perjuicio cuando la cláusula es incompatible con los principios esenciales de la regulación legal aplicable o cuando limita de forma tal los derechos y deberes derivados de la naturaleza del contrato que se pone en peligro de consecución de su finalidad.

La ley contiene disposiciones que aseguran el control judicial de las condiciones generales negociales.

En Italia, el sistema de protección del usuario respecto a las cláusulas abusivas, dista de ser aceptable, sobre todo acerca de la materia que nos ocupa.

La norma básica aplicable es la del art. 1341, 2ª. parte, del C. Civil, que establece que las cláusulas que disponen, en favor de quien las ha predispuesto, limitaciones de responsabilidad, no tendrán efecto si no son aprobadas específicamente por escrito.

Tal como se ha señalado, lo que se ha logrado con el mecanismo ideado ha sido legitimar el uso de cláusulas vejatorias mediante la observancia de un requisito de forma.<sup>87</sup>

Al momento, pareciera que la tutela mayor del usuario radica en el art. 1370 del C. Civil, según el cual en caso de duda la cláusula se interpreta en favor del contratante que no la elaboró.

La insuficiencia de la disciplina vigente -lo destaca Sbisa- asume particular resalto respecto al tema en examen, porque el análisis del objeto del contrato reviste una importancia muy superior a la normal<sup>88</sup>.

En los Estados Unidos de América resulta muy frecuente en la práctica la inclusión por parte del proveedor de "disclaimer clauses" que excluyen toda

■ 87 R. STIGLITZ Y G. STIGLITZ, "Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección del consumidor", Depalma, 1985, p. 99.

■ 88 G. SBISA, "Perfile generali dei contratti di utilizzazione dei computers", en I contratti di utilizzazione del computer, a cura di G. Alpa, Giuffrè p. 27.

garantía expresa o implícita por daños.

Su validez se sujeta a la posibilidad de que el usuario pueda invocar la “*unconscionability*” de la cláusula; esto es, la presencia de disposiciones irri- tamente favorables a una de las partes, con el consiguiente desequilibrio del sina- lagma contractual (sección 2-302 del U.C.C.).

Se diferencia la “*procedural unconscionabilty*” referida a la eficiencia eco- nómica, de la “*substantial unconscionability*” vinculada a la razonabilidad de los términos del contrato.

Sobre la base de estas ideas, una reciente propuesta interpretativa sos- tiene que al valorar la “*unconscionability*” de cláusulas contenidas en contratos de computación, hay que tomar en cuenta no tanto la experiencia y la capacidad de discernimiento comercial del contratante, que se adhiere en abstracto, sino la experiencia y conocimiento relativo a la tecnología informática.

Otras veces la jurisprudencia norteamericana ha paralizado la eficacia de dichas cláusulas de exoneración de responsabilidad por vicios o daños y ha admitido prueba testimonial acerca de la subsistencia de acuerdos verbales con- trarios a ellas.

En estos términos se ha llegado a admitir en estos contratos un núcleo central cuyo desconocimiento implica responsabilidad del vendedor, aún en presencia de cláusulas limitativas. Según se ha sostenido, el fin fundamental e irrenunciable de los contratos informáticos consiste en la prestación de un siste- ma eficiente y adecuado a las exigencias del comprador, y por ello la cláusula contractual que consiente al vendedor consignar cualquier cosa sin incurrir en responsabilidad, sería irremediamente viciada de “*unconscionability*”.<sup>89</sup>

■ 89 J. C. ROSELLO, “La responsabilità di inadeguato funzionamento di programmi per elaboratore elettronico: aspetti e proble- ma dell’esperienza nordamericana”, en *Computer e responsabilità civile*, a cura di G. Alpa, Giuffrè, p. 111.

