

LOS CONTRATOS INFORMATICOS

Por ALAIN BENSOUSSAN

Abogado. Encargado de Curso en la Universidad de París X (Nanterre).

SUMARIO

Los contratos informáticos presentan muchas particularidades con respecto al derecho tradicional. Desde la definición del objeto hasta el régimen de propiedad, se plantean múltiples preguntas. El objeto de este estudio se refiere a las dificultades jurídicas que pueden encontrarse al apreciar los comportamientos técnicos propios de esta materia. Un gran número de normas jurídicas tradicionales son incapaces de adaptarse a esta realidad. Los contratos y los usos forman un conjunto de normas muy interesante y que debería en un cierto momento desembocar en una nueva legislación.

I. Las particularidades del contrato informático

a) *El nacimiento de un derecho específico de la informática*

Desde la perspectiva de un jurista, se puede poner en duda la existencia de un derecho dedicado exclusivamente a una técnica. No es frecuente concebir una reglamentación específica para un sector dado.

En derecho italiano, inglés y americano, el caso es idéntico. La reglamentación debe apoyarse sobre principios generales, independientemente de las condiciones técnicas de los bienes en cuestión.

Es admirable que el contrato de compraventa nacido del Código de Napoleón haya podido subsistir a pesar del desarrollo exponencial de la industria. La venta de los primeros coches y la comercialización de los aviones supersónicos se basan en el mismo marco jurídico.

De hecho, el derecho de la informática se impone en la tipología tradicional del derecho por dos cualidades complementarias que se basan en:

- un imperialismo económico
- una resolución jurídica.

1. *El imperialismo económico*

A diferencia de las tecnologías de los demás sectores, la informática se ha introducido en todas las actividades económicas, llegando a ser no un producto acabado sino uno de los medios de realización de las diferentes funciones de la empresa.

Desde la gestión industrial hasta el tratamiento de la contabilidad, la informática parece como el instrumento privilegiado del éxito económico.

Por todo esto, la técnica, en vez de generar una reglamentación propia del sector en cuestión, ha evolucionado hacia un conjunto de reglas jurídicas multisectoriales [1].

2. *Una resolución jurídica*

La introducción de la informática se ha hecho gracias a la destrucción de las organizaciones funcionales habituales, y, en consecuencia, de las normas jurídicas que correspondían a estas organizaciones.

Desde el sistema automático de expedición de billetes hasta el pago bancario de los salarios, las relaciones y los documentos intercambiados no utilizan ya las mismas vías.

Por ello, las normas jurídicas que se basaban en esta circulación de la información han quedado obsoletas. En materia de prueba, el ejemplo es patente. La estructura habitual de la prueba, en la mayoría de los derechos germano-romanos, se basa en una gran diferencia entre el original y la copia.

Ahora bien, en informática, esta noción no tiene equivalente. El listado no es la copia del disco. Y, por ello, como no hay original, es imposible utilizar el criterio de copia.

Por otra parte, en lo que respecta a los fraudes al distribuidor automático de billetes, una reglamentación legal y sometida a una interpretación estricta no puede captar estos nuevos comportamientos.

b) *Utilizaciones profesionales y pautas de uso convencionales*

La recepción de las costumbres, usos y convenciones en informática se ha hecho a partir de Estados Unidos: es lógico, puesto que la

comercialización de una tecnología, cualquiera que sea, implica, en general, la exportación de su sistema jurídico.

Las reglas americanas de comercialización de los productos informáticos se han introducido muy fácilmente en las legislaciones nacionales en la medida en que, gracias al atractivo de la informática, los proveedores americanos no han encontrado dificultad alguna para imponer sus marcos contractuales. Además, no había en la reglamentación nacional prohibiciones al respecto, sino más bien vacíos jurídicos muy importantes.

Por ello, las naciones de usos profesionales y de pautas de uso convencionales han tomado una importancia determinante.

Se podría pensar que, como en otros sectores, se establecen utilidades profesionales para regular la relación entre las partes. Pero de hecho, la naturaleza misma de la informática no ha permitido la puesta a punto de un procedimiento de esta naturaleza.

Las pautas de uso convencionales son balbuceantes y no se encuentran en la práctica más que en estado de referencias que han levantado múltiples polémicas.

Así, pues, la informática, a causa de modificaciones tecnológicas importantes, evoluciona demasiado rápido para que se puedan consagrar usos en esta materia.

Desde los grandes sistemas a la miniinformática, desde los equipos lógicos a los productos lógicos, presenciamos profundas mutaciones que impiden que algunas utilidades susceptibles de definir las normas de conducta se establezcan en el conjunto de la informática.

Como consecuencia de esta situación, se llevan a cabo acciones que podríamos calificar de «salvajes» desde el punto de vista económico.

c) *El marco jurídico general de las relaciones en la informática*

La informática concierne al mismo tiempo bienes muebles materiales e inmateriales. Pero las legislaciones de origen latino recogen difícilmente las situaciones en las que se encuentran estos dos tipos de bienes al mismo tiempo, es decir, los bienes inmateriales y los materiales.

En general, los bienes inmateriales que pertenecen a un campo muy específico gozan de reglamentaciones propias.

En el caso en que los bienes inmateriales estén acompañados de bienes materiales, la teoría general de lo accesorio permite, mediante una ficción jurídica, someter los primeros al régimen jurídico de los segundos. Pero en la informática esta solución es inviable.

En efecto, los equipos lógicos juegan un papel cada vez más importante en relación a los bienes materiales y nadie puede admitir que una base informática deba ser tomada en cuenta únicamente en lo que respecta a sus componentes materiales, y no con respecto a las informaciones que contienen.

Pero, ante tal situación, se plantean problemas desde el punto de vista aduanero, ya que sólo puede ser aprehendido el soporte, independientemente de las informaciones que contenga. Estas últimas componen manifiestamente el valor real del bien en cuestión, que es tanto material como intelectual.

Para intentar definir las grandes cuestiones que surgen dentro del marco de los contratos informáticos, sería preciso:

- Appreciar la estructura tipo de los contratos
- Analizar las principales cláusulas
- Presentar el marco de la responsabilidad contractual [2].

II. La tipología de los contratos

a) *La especificidad de los contratos en la informática*

Basándose en un proceso ideado por IBM, conocido con el nombre de *umdbunling*, se suele constatar en la informática la existencia de situaciones jurídicas donde intervienen toda una serie de contratos:

- El contrato de venta o de alquiler del material
- El contrato de realización o de licencia de los equipos lógicos
- El contrato de mantenimiento
- El contrato de prestaciones diversas (asistencia técnica, formación, ayudas a la puesta en funcionamiento, control de resultados).

Estos contratos pertenecen sin duda a la categoría de los contratos *sui generis*, salvo en lo que respecta a los bienes materiales. Es muy difícil definir las características de esta materia.

Cuando examinamos cláusula por cláusula estos contratos, nos damos cuenta de que hay enormes diferencias. Las apreciaciones jurídicas son a menudo difíciles y dan lugar a candentes polémicas.

b) *La distinción entre bienes materiales y equipos lógicos*

La tipología de los contratos fundada en un elemento técnico que funcione en base a la distinción entre bienes materiales y equipos lógicos no es correcta.

Primeramente, hay que señalar que esta diferencia en materia informática no es una condición técnica. En este sentido, muchas funciones pueden ser realizadas mediante el equipo lógico o mediante el objeto material, bajo el nombre de *firmware*.

Por otra parte, las limitaciones del material, e incluso sus defectos, pueden ser corregidos gracias al desarrollo del equipo lógico. Por lo tanto, no existe desde el punto de vista técnico una distinción suficientemente clara como para poder ser aplicada en todos los casos.

Por otro lado, la noción misma de objeto material o *hardware* no presenta un sentido claro. Es extremadamente raro encontrar material comercializado como tal. De hecho, lo más corriente es que la comercialización comprenda un conjunto de placas o «tarjetas» electrónicas (como en los microprocesadores) y de equipos lógicos de base.

De esta forma, aparecen extremadamente mezclados el objeto material y el equipo lógico, componiendo un bien tanto material como inmaterial.

A este problema hay que sumar el hecho de que la informática es el primer bien tecnológico carente de especificidad funcional. En la mayoría de los casos, la falta de realización de la función a partir del bien en cuestión provoca inevitablemente la inadecuación del producto; pero en materia informática es imposible definir *a priori* la función específica asignada al producto.

Por otra parte, a menudo se puede eliminar la inadaptación funcional recurriendo a inversiones complementarias.

Y por fin, es a veces difícil determinar si los problemas se deben al equipo físico o material, o al equipo lógico, ya que estos dos elementos están íntimamente ligados.

c) *La búsqueda de un marco jurídico: contrato de venta o contrato de empresa*

El usuario que debe afrontar el marco jurídico de comercialización de los proveedores se encuentra ciertamente en una situación de las más difíciles.

Mientras que el discurso comercial presenta soluciones funcionales a conseguir gracias a la informática, podemos constatar que, en lo jurídico, tres obstáculos impiden la existencia de una unidad funcional:

1) La venta y la realización del equipo lógico no se sitúan en los mismos ámbitos jurídicos. Por ello, la noción de venta de bienes y servicios, es decir, del equipo físico y del lógico, es inadmisiblemente jurídicamente. Los dos sectores no son compatibles.

2) Por medio del *umdbunling*, encontramos una serie de contratos cuya condición es que el objeto que organizan sea autónomo. Por ello, si el equipo lógico plantease dificultades, no sería posible retener las cantidades destinadas al pago del equipo físico o *hardware*. Se plantea también el caso contrario: también a causa del *umdbunling*, el usuario ha de pagar el equipo material, aunque el equipo lógico no satisfaga efectivamente sus necesidades.

3) Siguiendo en este sentido la política de los proveedores americanos, los vendedores de material comercializan muy raramente los equipos lógicos de aplicación.

El hecho de que los proveedores de material comercialicen los equipos lógicos es mucho más frecuente en la mini y la microinformática.

Por ello, dentro de la informática tradicional, nos encontramos en presencia de:

- Dos ámbitos
- Dos contratos
- Dos personas jurídicas distintas.

En caso de que hubiera algún problema, el usuario podría difícilmente presentar la prueba de estas últimas, esta prueba será más convincente si existen cláusulas atributivas de competencia distintas.

III. Análisis de las principales cláusulas de un contrato informático

a) El objeto del contrato

En la mayoría de los contratos informáticos, el objeto del contrato —cláusula fundamental desde el punto de vista jurídico— está muy mal definido.

Es frecuente encontrar tipologías del tipo de:

- ZX 80
- Supervisor OS 4.

Por ello, cuando el usuario se queja de la inadaptación del equipo material o de los equipos lógicos a sus necesidades, es extremadamente difícil para los tribunales apreciar cuál es exactamente la base misma del contrato.

Por otra parte, teniendo en cuenta:

- La inexistencia de usos establecidos
- La ausencia de funcionalidad específica *a priori*, es difícil hacer justicia a las demandas del usuario.

b) *El estatuto jurídico del equipo lógico*

Hay que distinguir el equipo lógico de los productos lógicos.

Sin duda, parece que el equipo lógico pertenece a la categoría de los contratos de empresa, es decir, la realización de un objeto futuro a partir de una base definida por mutuo acuerdo.

Pero esta descripción jurídica no es suficiente porque la realización de todo equipo lógico comprende varias etapas:

- Análisis funcional
- Análisis orgánico
- Programación
- Procedimiento de explotación.

A lo largo de esta realización aparecen dos grandes categorías:

- El estudio
- La realización.

Desde el punto de vista jurídico, ninguna calificación aparece de manera inmediata.

En lo que respecta a los productos lógicos, los programas son concebidos con anterioridad.

Como consecuencia de todo esto, es difícil afirmar que nos situamos en el marco de un contrato de empresa.

Pero, por otra parte, es también difícil justificar la existencia de un contrato de venta, en la medida en que:

- No hay transferencia de propiedad
- En general, el contrato de venta se basa en bienes muebles corporales.

c) *La definición de recepción*

En la práctica, se utilizan varios sistemas, de los cuales cabe destacar cuatro, que obedecen todos a una filosofía similar:

- La recepción provisional y la recepción definitiva
- El pago provisional y el pago definitivo
- El control de conformidad mediante tests y el control de conformidad en funcionamiento
- La verificación de la aptitud y el servicio regular.

Para el conjunto de estas categorías, es imposible generar un marco jurídico que no sea el que las partes hayan decidido adoptar, ya que las relaciones no están organizadas con demasiada precisión.

d) *Las garantías*

Teniendo en cuenta el desequilibrio existente entre proveedor y usuario, así como la incapacidad técnica que a menudo muestran los usuarios, las cláusulas de garantía en materia informática son con frecuencia cláusulas de exclusión de garantía.

A menudo, encontramos las siguientes exclusiones:

- No hay garantía de que los programas ejecuten la labor según el método previsto por el cliente
- No hay garantía de que el equipo lógico ofrezca al usuario los instrumentos y las funciones que éste deseaba
- No hay garantía en materia de fallos internos o defectos ocultos
- No hay garantía en lo que respecta a la responsabilidad por perjuicios directos o indirectos
- No hay garantía en materia de derecho de propiedad
- No hay garantía en materia de usufructo.

IV. **La responsabilidad en el campo informático**

La mayoría de los contenciosos que han tenido lugar tanto en Estados Unidos como en Francia han dado lugar a la creación de unas primeras normas jurídicas derivadas de las normas generales sobre responsabilidad.

a) *Las relaciones precontractuales*

Este es, sin duda alguna, el campo más innovador de la reglamentación de la informática.

Los tribunales franceses y americanos, conscientes de la especificidad de la informática, han impuesto normas muy particulares.

En Francia, las relaciones precontractuales, que son jurídicamente relevantes en base a la responsabilidad contractual, imponen a las dos partes obligaciones recíprocas:

El proveedor está obligado con el usuario a:

- Informar
- Aconsejar
- Advertir.

Como contrapartida, el usuario debe:

- Definir sus necesidades
- Informarse [3].

b) *Control de conformidad y garantía*

Se ha comprobado que es muy difícil definir la «recepción» si no existen precisiones hechas expresamente por las partes.

Teniendo en cuenta:

- La indeterminación de las cláusulas contractuales
- La necesidad de la puesta a punto, la jurisprudencia francesa ha impuesto una vez más la colaboración entre las partes, pero precisando:
 - Que el proveedor debe obligatoriamente prestar su asistencia al usuario en la puesta en funcionamiento del equipo
 - evitando que su funcionamiento dé comienzo en períodos de actividad importante
 - imponiendo que dicho comienzo coexista con los procesos no informatizados, a los que ha de sustituir durante un cierto período de seguridad.

Por otra parte, el usuario, basándose en las dificultades que haya tenido en la etapa de puesta en marcha, no puede

- Pedir la resolución del contrato
- Pretende exigir responsabilidad por vicios ocultos.

c) *Perjuicio e indemnización*

Es técnicamente normal que se produzcan averías o dificultades en la puesta en funcionamiento.

Por otro lado, la información que posee el usuario con respecto a la existencia de *buggs* le impone una actitud de prudencia.

Por ello, la simple constatación de carencias de la informática no provoca:

- La responsabilidad del proveedor
- El derecho a una indemnización.

En efecto, es frecuente considerar normal un porcentaje de averías del 5 por 100 con respecto al tiempo de disponibilidad global.

De este modo, el proveedor es sólo responsable si se demuestra:

- Un fallo en la concepción
- Una frecuencia importante de las averías que haga dudar de la conveniencia y la rentabilidad de la explotación misma.

Además, en la mayoría de los casos, existen pérdidas en la explotación, es decir, que hay perjuicios indirectos cuya naturaleza jurídica es más o menos clara, según los sectores.

d) *La naturaleza de la responsabilidad: obligación respecto de medios, obligación respecto de resultados*

Esta es una distinción tradicional en el derecho francés. La jurisprudencia ha evolucionado. Al principio, los proveedores de productos informáticos estaban sometidos a una obligación respecto de los resultados. Pero hoy, la jurisprudencia dominante parece imponer sólo una obligación respecto de los medios informáticos contratados.

La justificación de limitar la responsabilidad a los medios informáticos contratados se basa en tres razones:

- Es imposible realizar un equipo lógico sin fallos.
- La calidad de las funciones realizadas por el instrumento informático depende de los procedimientos de funcionamiento, que son de la responsabilidad exclusiva del usuario.
- En el campo de la informática, la noción de «resultado» se define de un modo muy general al firmar los contratos, teniendo en cuenta la especificidad de esta técnica y, en consecuencia, apreciar estrictamente el concepto de resultado sería condenar por anticipado a los proveedores.

V. Las cláusulas de propiedad

a) *Definición de la propiedad de la información*

Se trata de una de las grandes preguntas que plantea el derecho de la informática.

La propiedad de los equipos lógicos y subsiguientemente su protección suponen para el jurista dos cuestiones:

- ¿Cuál es la naturaleza del bien protegido?
- ¿Cuáles son los marcos jurídicos a tener en cuenta?

b) *¿Cuál es la naturaleza del bien protegido?*

Es imposible hablar de propiedad del equipo lógico sin distinguir:

- Su condición de fuente de información
- Su condición de objeto.

Es posible que, efectivamente, la propiedad esté limitada a su condición de objeto.

Ahora bien, la consideración del equipo lógico como un objeto no permite:

- El mantenimiento en caso de *bugg*
- La evolución integrada.

Como consecuencia de ello, parece evidente que el derecho de propiedad es susceptible de ser desmembrado.

Por otra parte, la propiedad del programa original tendría que suponer derechos de utilización exclusivos. Pero, en la mayoría de los casos, el programa original es el resultado del *savoir faire* de la empresa, *savoir faire* que no se transfiere con la realización del equipo lógico.

c) *Los marcos jurídicos a tener en cuenta*

Según las diferentes reglamentaciones, parece posible aplicar de manera complementaria tres elementos:

- La patente, a pesar de la exclusión legal
- El derecho de autor
- La competencia parasitaria.

VI. Conclusión

Si no existe una organización contractual precisa, las partes corren el riesgo de tener que afrontar un largo periplo judicial, en la medida en que los marcos tradicionales y el arsenal de normas supletorias son difícilmente aplicables a la informática.

BIBLIOGRAFIA

- [1] «Introduction aux problèmes de droit de l'informatique, A.2 Bensoussan», *Informatique et Gestion* núm. 123, abril 1981, p. 43.
- [2] *Dix années de jurisprudence*, A. Bensoussan, 01 Informatique, núm. 155, noviembre y diciembre 1981, p. 81.
- [3] *La modification du droit sous l'influence de l'informatique: aspects de droit privé*, J. Huet, JCP83-13095.