

Contratos informáticos*

por Eduardo Molina Quiroga

Introducción

Es nuestra intención presentar algunas reflexiones referidas a lo que denominamos contratos informáticos, en el sentido de aquéllos que tienen por objeto la prestación de bienes y servicios vinculados a la información automatizada¹.

Para comprender mejor a qué nos referimos, es necesario insistir en que cuando el hombre de derecho se encuentra por primera vez frente a los contratos informáticos, debe superar tres dificultades: la especificidad de los aspectos técnicos, la imprecisión del vocabulario y la estructura compleja de los contratos².

Estas dificultades nos han llevado a sostener que enfrentamos una especificidad tan particular que resulta conveniente elaborar una teoría general del contrato informático, aun cuando apelemos a soluciones tradicionales para resolver algunos de los problemas que estos contratos presentan.

La especificidad de los aspectos técnicos suele estar inescindiblemente asociada a la imprecisión, ambigüedad y novedad del lenguaje³. Con razón se ha dicho que en las relaciones contractuales que surgen día a día en el mercado informático aparecen conflictos que tienen su origen en problemas de comunicación entre las partes, exceso de confianza o a veces incluso de desconfianza y desequilibrio en el nivel de conocimientos técnicos, entre otras causas⁴.

Resulta fundamental entender que, aun cuando pueda contratarse aisladamente la adquisición de diversos elementos relacionados con la informática, existe una noción de sistema que no puede eludirse, ya que está íntimamente asociada al efectivo cumplimiento de la prestación.

Esto implica que, sin perjuicio de las obligaciones comunes a cualquier contrato (entrega, garantía por evicción y vicios ocultos, entre otros), debemos considerar situaciones de específica relevancia en el ámbito de los contratos informáticos.

Nos referiremos a la etapa precontractual, ya que el punto de partida para la obtención de una *performance* adecuada de los equipos y sistemas es el conocimiento de las necesidades del usuario, que deben ser explicitadas y aprehendidas en esta oportunidad. Mencionamos también el deber de informar y aconsejar al

* Artículo publicado en la revista "Plenario" de la Asociación de Abogados de Buenos Aires, n° 52.

¹ SCJ Mendoza, Sala I, 5/2/90, "Sistex SA c/Oliva SA, Valerio", LL, 1991-A-404, voto de Kemelmajer de Carlucci.

² Nazar Espeche, Félix A., *El contrato de compraventa de equipos informáticos*, "Revista de Derecho Industrial", p. 55, año 9, 1987. Correa, Carlos y otros, *Derecho informático*, Bs. As., Depalma, 1987, p. 152, citados ambos por Kemelmajer de Carlucci en el fallo de nota anterior.

³ Lorenzetti, Ricardo lo ha denominado "tecnolenguaje" (*Comercio electrónico y defensa del consumidor*, LL, 2000-D-1003).

⁴ Ribas, Javier, *Informática y responsabilidad civil*, "Actualidad", Aranzadi, 1995.

cliente; el deber del usuario de informar e informarse; la documentación apropiada en la etapa precontractual; un concepto especial de entrega y puesta en marcha de un sistema informático; el llamado “*test* de aceptación”; las garantías propias de los contratos informáticos; la obligación de suministro de los accesorios; la capacitación de personal y las obligaciones vinculadas al mantenimiento de los equipos y al suministro de repuestos.

2. Noción de sistema

Cuando nos referimos a un “sistema informático”, muy esquemáticamente, podemos distinguir cuatro elementos básicos que lo integran. Reconocemos un soporte físico (*hardware*); un soporte lógico (*software*); la “información”, y el o los usuarios. Cada uno de estos componentes puede ser objeto de múltiples relaciones contractuales, aun las conocidas como “adquisición llave en mano”, que incluyen todos los elementos de un sistema, en sus más diversas prestaciones. Luego de una breve referencia a cada uno de estos factores, concluiremos en la importancia de tener presente esta noción de sistema cuando abordamos un contrato relacionado con bienes o servicios informáticos.

a) Soporte físico (*hardware*)

El soporte físico de un sistema informático, conocido como *hardware*, está compuesto por un conjunto indeterminado de elementos (aparatos, máquinas, unidades electrónicas, etc.), que permiten el ingreso (*input*) de datos, su recuperación o egreso (*output*), por diversos medios (impresos, visuales, sonoros, magnéticos, etc.) y, fundamentalmente, su tratamiento automatizado por aplicación de tecnología electrónica y programas de computación. Habitualmente distinguimos una “unidad central de procesamiento” (CPU) y un espectro cada día más amplio de aparatos “periféricos”: monitores, teclados, impresoras, lectores ópticos, *scanners*, unidades de almacenamiento, dispositivos de audio, video, memoria de funcionamiento, redes, etcétera.

Por más sofisticada que sea su arquitectura, todos estos elementos son “cosas”, en el concepto de “objetos materiales susceptibles de valor económico” (art. 2311, Cód. Civil), y les resultan aplicables las disposiciones legales a ellas referidas. Como tales, son susceptibles de ser objeto de contratos de compraventa, locación, leasing, permuta, donación y cualquier relación contractual que tenga por finalidad la transmisión del dominio o del uso y goce temporario, o la constitución de derechos reales de garantía, como la prenda en sus distintas variedades.

Sin embargo, la noción de sistema resulta esencial para realizar una interpretación funcional del concepto de cumplimiento de la prestación, ya que un equipamiento, entendido como soporte físico de un sistema informático, no es apto en sí mismo con independencia de los programas que deben funcionar en él, ni de la información que debe procesarse, y tampoco de los usuarios que lo operarán. Volveremos sobre estos aspectos.

b) Soporte lógico (*software*)

Las computadoras, sólo pueden “procesar” información cuando cuentan con el programa adecuado, es decir el “soporte lógico” del sistema, que conocemos como *software*.

Entendemos, genéricamente, que programa de computación es un conjunto de instrucciones en código binario que pueden ejecutarse en un soporte físico dado, y posibilitan la obtención de información procesada de acuerdo a una finalidad dada⁵.

En un sentido amplio, se entiende por “obras de *software*” las producciones constituidas por una o varias de las siguientes expresiones: los diseños, tanto generales como detallados, del flujo lógico de los datos en un sistema de computación; los programas de computación, tanto en su versión “fuente”, principalmente destinada al lector humano, como en su versión “objeto”, principalmente destinada a ser ejecutada por la computadora y la documentación técnica, con fines tales como explicación, soporte o entrenamiento, para el desarrollo, uso o mantenimiento de *software*⁶.

No existe una definición unívoca del *software*, como se puso de manifiesto en el caso “Autodesk”⁷, donde luego de una interesante reseña sobre la polémica doctrinal que se registró en nuestro país, se señala que “el grupo de trabajo reunido en Australia (Cámara) en 1984 convocado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) propuso dos alternativas, a saber: 1) que el programa de computación es “un conjunto apropiadamente elaborado, de instrucciones capaces de dirigir a las máquinas de manejo automático de información, para que realicen alguna función, de un modo específico”; o 2) que es “una expresión (organizada, estructurada) de un conjunto (secuencia, combinación) de instrucciones (afirmaciones, órdenes) en cualquier lenguaje o anotación (de alto nivel, intermedio o de ensamblaje, o de máquina) en cualquier medio (magnético, óptico, eléctrico, en papel o en cintas, discos, *chips*, circuitos, ROM) apto para lograr que una computadora (directa o indirectamente, con datos o sin ellos) o un robot (máquina de procesamiento de información) realice un trabajo (o ejecute una función específica)”. Agrega que se lo ha definido como “un conjunto de instrucciones que cuando se incorpora a un soporte legible por máquina puede hacer que una máquina con capacidad para el tratamiento de la información indique, realice o consiga una función, tarea o resultado determinados”, y se aclaró que soporte lógico de ordenador “significa además del propio programa del ordenador, la descripción detallada del programa que determina el conjunto de instrucciones que constituyen el correspondiente programa y todos los tipos del material del soporte creados para que contribuyan a la comprensión o apli-

⁵ La ley 9609 del Brasil sobre protección de la propiedad intelectual en los programas de computador del 19 de febrero de 1998, define en su art. 1º: “Programa de computación es la expresión de un conjunto organizado de instrucciones en lenguaje natural o codificado, contenida en un soporte físico de cualquier naturaleza, de empleo necesario en máquinas automáticas de tratamiento de información, dispositivos, informaciones o equipos periféricos, basados en técnica digital o análoga, para hacerlos funcionar de un modo y para fines determinados”.

⁶ Decr. 165/94 del 8/2/94. Jeangeorges, Gonzalo, *La protección legal de las obras de informática en la Argentina*, en <http://www.derecho.org>.

⁷ CCasación, Sala I, “Autodesk, Inc. s/rec. de casación”, causa nº 400, 19/7/95, JA, nº 6031, 2/4/97, número especial sobre informática jurídica, y LL, 1998-B-74.

cación de un programa de ordenador, tales como las instrucciones para el usuario”⁸, y conforme con esta doble definición se distinguió el programa en sí mismo, su descripción y el material de comprensión y aplicación del programa, que suele concretarse a las instrucciones de utilización por parte del usuario, normalmente expresadas en un manual impreso. En el mismo fallo se explica que “el elemento básico del *software* es el algoritmo, procedimiento de cálculo constituido por una secuencia de operaciones que pueden ser numéricas y lógicas, o sólo numéricas o lógicas; pero más que una secuencia de operaciones constituye una secuencia de instrucciones y órdenes que se dan al computador, que incluyen indicaciones sobre los lugares donde están almacenados los datos, que pueden estar escritos en un papel –denominado organigrama o *flowchart*– y que es una creación del intelecto humano”⁹. Ese mismo carácter se atribuye “al programa-fuente o código-fuente, en el que se transforma el organigrama al ser escrito en algún lenguaje de programación evolucionado como, por ejemplo, el Cobol, Fortram, Basic, entre otros, programa que es legible por el hombre, y cuando ese programa se incorpora al *hardware* y es traducido por un programa que se llama compilador o traductor, que lo transforma en un programa-objeto o código-objeto, constituido por símbolos binarios, sólo es legible para la máquina y no es perceptible por los sentidos”¹⁰.

Actualmente, los programas (*software*), juntamente con las bases de datos, están considerados como obra de autor, protegida por la ley 11.723, según el texto de la ley 25.036¹¹.

3. Información y usuario

Sin embargo, para que *hardware* y *software* tengan utilidad requieren ser aplicables a determinada información, y estos tres elementos se conjugan siempre en función de un usuario determinado (individual o genéricamente considerado).

En cuanto a la información, uno de los problemas que presentan estos contratos está referido a su seguridad en general y, en especial, las reglas o principios que deben observarse cuando se trata de datos de carácter personal. Al respecto se ha desarrollado una abundante literatura sobre el denominado hábeas data, a partir de la reforma constitucional de 1994¹², y hemos efectuado algunos aportes que consideramos novedosos sobre el “uso arbitrario de la información de carácter personal”, referidos más específicamente a los datos patrimoniales negativos¹³.

⁸ Romeo Casabona, Carlos M., *Poder informático y seguridad jurídica*, España, Fundesco, 1987, p. 146.

⁹ Batto, Hilda N.,

Podríamos clasificar a los contratos informáticos, según la materia, en contratos de equipamiento, que podrían viabilizarse mediante compraventa de máquinas, licenciamiento de programas, locación o leasing de equipos con licencias temporarias de programas, o locaciones de servicios o de obra para la instalación de programas *standard*, adecuaciones, o elaboración de programas a medida, diseño e instalación de redes, etcétera. También encontramos relaciones contractuales referidas al procesamiento de datos, gestión de oficina, tercerización de servicios, alojamiento de sitios en Internet, en una variedad que cada día se amplía más.

La relación entre los tres elementos antes reseñados y los usuarios tampoco es indiferente. No sólo pensamos en los usuarios como sujetos de capacitación, sino que es importante establecer el nivel de conocimiento que tienen los integrantes de una organización a la que se va a aplicar una solución informática, su aceptación o rechazo a la innovación, niveles jerárquicos de acceso a la información y operación del sistema, entre muchas otras cuestiones.

4. Resumen preliminar

Los contratos informáticos nos enfrentan a un contrato complejo, que debe aprehenderse en toda su extensión desde una noción de “sistema”, ya que tiene un objeto múltiple, con diversidad de prestaciones, aunque a veces su cumplimiento esté a cargo de sujetos distintos. Generalmente involucra a una pluralidad de partes que concurren a la integración del sistema (proveedores de *hardware*, de *software*, de tratamiento de la información, o de capacitación de usuarios, etcétera). Suele presentar caracteres de contrato de adhesión, con cláusulas predispuestas, muchas de ellas redactadas en un “tecnolenguaje” que es un vocabulario extraño para el usuario, construido sobre la base de neologismos, plagado de novedades y en evolución constante.

Estas circunstancias justifican que distingamos fases o etapas en la contratación informática.

5. Etapas en la contratación informática

La etapa precontractual es aquella en la que se desarrollan las tratativas previas, cuando deben definirse las necesidades del usuario y se exige un deber de asesoramiento o consejo al futuro proveedor y una obligación de información al futuro usuario. Es un momento de particular importancia para documentar cómo se construyó el acuerdo de voluntades, y de acumular elementos para acreditar estas circunstancias en caso de conflicto posterior.

Cuando se produce el acuerdo de voluntades, a diferencia de otros contratos, pueden distinguirse en esta fase la entrega física de los equipos, la instalación y puesta en marcha, el “test de aceptación”, y la aceptación o recepción provisoria.

Superado el “test de aceptación”, comienza la ejecución propiamente dicha, en la que puede o no existir un período de garantía, para que suceda la recepción definitiva, donde se ponen en juego las garantías específicas de estos contratos.

En una apretada síntesis podemos señalar como aspectos sustanciales de los contratos informáticos el concepto de sistema como principio fundamental interpretativo de la voluntad de las partes, el deber de consejo e información a cargo del proveedor y su contraparte, el deber del usuario de informar adecuadamente sus necesidades, como aplicación del principio de buena fe contractual, y el instituto del “test de aceptación” previo a la aceptación o declaración de que el sistema es “de recibo”. También se presentan particularidades en las garantías exigibles en el cumplimiento de la prestación, como la compatibilidad, la escalabilidad y la modularidad.

a) El período precontractual¹⁴

La evolución operada en el campo de la informática hace que cada vez con mayor precisión se puedan satisfacer más necesidades del usuario. Sin embargo, el permanente avance tecnológico determina paralelamente la necesidad de actualización continua para que los resultados de la informatización de una determinada actividad sean más aceptables para los adquirentes.

En los contratos informáticos la etapa precontractual es fundamental, dado que 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. Es precisamente en el período precontractual donde se delimita y precisa el objeto de la prestación, y de la rigurosidad con que se conduzcan las partes dependerá el éxito o el fracaso de la negociación¹⁵.

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, constituyen las dos caras de esta obligación, que tienen especial importancia en los contratos informáticos.

1) Definición de las necesidades del usuario

El usuario tiene el deber de estudiar y analizar sus necesidades con diligencia. Sólo él está en condiciones de establecer el contenido del requerimiento efectuado al proveedor, que debe partir de un adecuado y claro conocimiento de sus necesidades.

Es muy común que un estudio deficiente de las necesidades tenga por consecuencia la elección de un sistema inadecuado, y este usuario, que no ha analizado sus necesidades, deba tolerar las consecuencias de esa elección defectuosa.

Como es posible que se carezca de los conocimientos necesarios, 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.

¹⁴ Cfr. Altmark, Daniel - Molina Quiroga, Eduardo, *Régimen jurídico de los bancos de datos*, cap. III (Responsabilidad derivada de las bases de datos), § 6 (Obligaciones específicas derivadas de los contratos informáticos), en Altmark - Bielsa, “Informática y Derecho”, vol. 6, Depalma.

¹⁵ Bergel, Salvador D., *Contratos informáticos en el derecho privado*, en Carrascosa López, Valentín (dir.), “Informática y derecho”, UNED, vol. 8, Mérida, España, 1995.

Es fundamental expresar con claridad y con el menor “tecnicismo” posible en qué consisten las necesidades del usuario, es decir, cuál es la finalidad que persigue con la solución informática que está requiriendo. Este recaudo se conjuga con el deber de asesoramiento o consejo a cargo del proponente-futuro proveedor, y con el deber de información que tiene el requirente-futuro usuario. Es fundamental en todo este proceso previo que quede registro documental de él, para contar con la prueba necesaria ante un posible conflicto en la etapa de ejecución.

2) Deber de asesoramiento o consejo

Este deber de información que pesa sobre el usuario, encuentra su límite en la obligación de asesoramiento y consejo que corresponde al proveedor que asume en esta etapa precontractual un papel protagónico.

Es que, como se ha señalado con agudeza, 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 condiciones de evaluar prudentemente la calidad, el rendimiento, la correspondencia del producto con sus necesidades, deviene en modelo obsoleto¹⁶.

Es menester diferenciar al técnico, operador profesional, que posee un conocimiento en su sector específico, del usuario profano, aunque sea empresario, ya que éste se encuentra desprovisto de información técnica. El desarrollo tecnológico y la nueva calidad 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. Así, se 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 iniciativo o disuasivo respecto de una decisión)¹⁷.

En este tipo de contratos, a la posibilidad de una distinta posición económica de las partes contratantes debe adicionarse la diferencia en lo referente a conocimientos técnicos y práctica negocial. Es esta circunstancia la que motiva que los deberes de información y consejo puestos en cabeza del proveedor de bienes y servicios informáticos se transformen en pieza clave para mantener el equilibrio entre los contratantes. Si bien no es un deber exclusivo de la contratación informática, en este ámbito se acrecienta, por las razones que hemos expuesto.

En realidad, constituye un derivado natural del deber de comportarse de buena fe en las diversas fases del iter contractual, comenzando por las tratativas previas.

Al lado de la información objetiva y de la puesta en guardia, el consejo presenta un carácter iniciativo. El elaborador debe orientar de forma positiva la elección de su cocontratante, debe ayudarlo a expresar sus necesidades e interpretarlas, así como

¹⁶ Bergel, Salvador D., *Contratos informáticos en el derecho privado*, en Carrascosa López, Valentín (dir.), “Informática y derecho”, UNED, vol. 8, Mérida, España, 1995.

¹⁷ Savatier, citado por Bergel, Salvador D., *Contratos informáticos en el derecho privado*, en Carrascosa López, Valentín (dir.), “Informática y derecho”, UNED, vol. 8, Mérida, España, 1995.

sugerir la solución apropiada. No se cumple correctamente esta misión cuando se aconseja un equipamiento insuficiente o, a la inversa, muy sobredimensionado e inútilmente costoso.

Esta obligación de informar y aconsejar al cliente, aun a falta de disposiciones normativas explícitas, se puede sustentar en principios generales de las obligaciones contractuales. En el derecho italiano encontramos el principio de la buena fe lealtad, o buena probidad, en los arts. 357 y 1375 del Cód. Civil. En nuestro derecho su correlato se encuentra en el art. 1198 del Cód. Civil, además de las normas de defensa del consumidor que mencionaremos más adelante.

También existe abundante jurisprudencia europea al respecto, que sostiene que el proveedor de material y servicios informáticos tiene la obligación de informar al cliente acerca de la calidad de los bienes a que se refiere el contrato, sobre todo en lo concerniente a sus prestaciones, a la utilización para la cual están destinados, a su rendimiento en el tiempo y a los eventuales riesgos de su utilización. También debe aconsejar al cliente en la correcta elección de equipos y sus accesorios, a fin de garantizar que el material responda adecuadamente al objetivo de eficiencia y operatividad predeterminado en el contrato.

Igual importancia debe asignarse al principio de corrección y buena fe requerido a los contratantes, adoptado por distintas legislaciones nacionales, como la italiana, la francesa, la belga, entre otras, y el art. 953 de nuestro Cód. Civil.

El mismo concepto se halla contenido en el documento del Secretariado de la OCDE del 23 de agosto de 1982, relativo a la responsabilidad del proveedor de servicios en el flujo de datos transfronteros¹⁸, al reconocer la obligación de informar al usuario; el documento prevé que ante su incumplimiento existe o surge una responsabilidad inexcusable.

El art. 3º de la ley danesa de 1974, relativa al ejercicio del comercio, prevé que “en el momento de la presentación de una oferta en que se establezca un contrato, o bien, venido el caso, en que se trate de dación de bienes o servicios, la información o instrucción exacta será dada de acuerdo a la naturaleza de esos bienes y servicios, cuando ello sea importante para evaluar la naturaleza o la calidad de las mismas, especialmente en lo que hace a su conformidad de acuerdo al uso a que se la destine, su duración, los riesgos eventuales de su utilización y el mantenimiento”.

La relación de inferioridad del usuario potencial sobre todo en cuanto al conocimiento de la técnica informática, requiere que sea informado objetivamente. Esta información tiene por finalidad evitar el “*overselling*” o venta al usuario, de una estructura sobredimensionada con relación a sus necesidades, o del “*underselling*”, como práctica opuesta e igualmente perjudicial para el adquirente.

Desde nuestra perspectiva, lo que sucede es que las deficiencias en la prestación que tradicionalmente conocemos como “vicios” adquieren particularidades muy originales, como la no compatibilidad, la no escalabilidad o la no modularidad, que explicaremos más adelante.

La jurisprudencia francesa definió las pautas que caracterizan la obligación de aconsejar, en diferentes fallos que la adoptaron, prestando paulatina atención a la

¹⁸ Documento OCDE, DSTI/ICCP/82.28, p. 3 y 4.

valorización de la responsabilidad y diligencia del adquirente, caracterizándola entonces como la obligación del proveedor de advertir al usuario sobre los riesgos eventuales emergentes de la utilización del sistema¹⁹.

La doctrina belga también se ha ocupado del estudio de la cuestión que analizamos, llamando la atención sobre el hecho de que, en virtud de los art. 1134 y 1135 del Cód. Civil francés, el proveedor tiene la obligación de informar y aconsejar aun fuera de lo convenido contractualmente, pero que la primera de las dos obligaciones, esto es, la de informar, se extiende al usuario, quien estará obligado, sobre todo en la etapa precontractual, a expresar clara y fielmente sus propias exigencias en atención a los problemas operativos que intenta superar.

En el derecho italiano, si bien sus doctrinarios aparentemente no han dedicado estudios al tema en directa y especial vinculación con los contratos informáticos, se ha considerado a la obligación de información y consejo como obligación integrativa, y que consiste en la aplicación del principio de corrección y buena fe contractual establecido por el art. 1375 del Cód. Civil italiano.

En nuestro país, aunque es escasa la jurisprudencia al respecto, cabe citar el fallo de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, en la que la doctora Kemelmajer de Carlucci explicó que “el usuario y el suministrado de un servicio informático se aproximan a la negociación con actitudes radicalmente diferentes: el primero espera del contrato un cierto resultado funcional, una solución práctica adecuada a su problema; mientras que el segundo tiende a prometer una simple correspondencia del sistema a determinadas características y especificaciones técnicas. Así, se produce una verdadera dicotomía entre una contratación que, por el contrario, está más atenta a la obtención de determinados resultados. Es decir, el adquirente pretende del suministrador una verdadera obligación de resultados; el enajenante, en cambio, cree estar obligado a una de medios”²⁰.

Para nosotros existe una obligación del proveedor de informar y aconsejar al cliente, y en consecuencia el incumplimiento de dicha obligación es susceptible de generar responsabilidad de resarcir al adquirente por los daños producidos por su negligente o maliciosa actitud.

En nuestro país, la reforma de la Constitución nacional en 1994 ha incorporado, como “derecho de los consumidores y usuarios”, el de una información adecuada y veraz. Consideramos que este nuevo derecho constitucional es plenamente aplicable para exigir el cumplimiento del deber de consejo del proveedor al cliente²¹.

¹⁹ “Société Burroughs c/Société A. del Prete y Société Locafrance”, JCP, 1973, 17.300; “Société Famarion c/Société IBM France”, fallo del Tribunal de Apelación de París del 12/7/72, JCP, 1976, 11, 18.265, fallo del Tribunal de Apelación de París del 15/5/75.

²⁰ SCJ Mendoza, Sala I, 5/2/90, “Sistex SA c/Oliva SA, Valerio”, LL, 1991-A-404, voto Kemelmajer de Carlucci.

²¹ Juzg. Nac Civil nº 54, 2/6/98, LL, 13/7/99, “Gallegos, Mariano y otros c/Asociación del Fútbol Argentino y otro”, 41.646-S: “Medie o no contrato de consumo o de servicio, la tutela del art. 42 de la Const. nacional es aplicable, pues tal relación de consumo importa una calidad imperativa tanto en relación con los consumidores o usuarios, como con los prestadores de servicios o productores u oferentes de consumo. El segundo apartado del art. 42 de la Const. nacional es una norma operativa, y si bien no dice que las autoridades proveerán a la protección de esos derechos ya están acordados y –como tales– merecen la tutela operativa que les dispensa el art. 43 de la Carta Suprema”.

Por su parte, la ley 24.240 de defensa del consumidor, establece en su art. 4º que “quienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas, o presten servicios, deben suministrar a los consumidores o usuarios, en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos”²².

Estimamos que particularmente en países como el nuestro, la situación de privilegio del proveedor, basada en su pleno dominio de la tecnología ofrecida, minimiza la obligación de informar en cabeza del usuario, así entendida por alguna jurisprudencia y doctrina extranjeras, ya que será el proveedor, mediante un detenido estudio de factibilidad previo, quien deberá informarse fehacientemente a efectos de poder dar fiel cumplimiento a su obligación.

Podríamos intentar una descripción de esta obligación del proveedor diciendo que debería brindar al utilizador todos los informes necesarios acerca del equipamiento que contrata; y en particular debería comunicar la calidad de los bienes a que se refiere el contrato; los usos posibles del material; el rendimiento del equipo en el tiempo; los elementos que permitan al usuario efectuar los cálculos sobre la rentabilidad del sistema adquirido, costo de adquisición, costo de mantenimiento, etc.; los eventuales riesgos de su utilización; el impacto del sistema adquirido en la estructura de la empresa y las necesidades complementarias del personal.

Las obligaciones que se ponen a cargo del proveedor parten de considerarlo 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 sobredimensionamiento 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).

3) Deber de informar e informarse

Como anticipamos, paralela a la obligación de asesoramiento existe el deber del requirente de informar adecuadamente sus necesidades al proponente, y en caso de ser necesario, recurrir a los ámbitos consultivos pertinentes. Por ello decimos que hay una obligación de “informar e informarse”.

²² Que se combina con lo estipulado en el art. 37 *in fine* de la LDC. Ver. Ghersi, Carlos y otros, *Derechos y responsabilidades de las empresas y consumidores*, Bs. As., Organización Mora Libros, 1994, cap. V.

Esta obligación es mayor 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 de un departamento informático en su empresa, o cuando 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, quedarían reducidas. El punto de equilibrio entre el deber de consejo del proveedor y el deber 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. De haberse contratado un consejero sería razonable que éste tuviera a su cargo el control y verificación de los elementos e informaciones que ha recibido, solicitando la información complementaria que juzgue oportuna para apreciar efectivamente la adecuación del sistema contratado a las necesidades y exigencias del utilizador. Así, en la causa “Sté. Sopresur NCR 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. 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) La interpretación a favor del usuario

En nuestro medio, en el ya citado caso “Sistex c/Oliva” se entendió que “los contratos informáticos, en caso de duda deben interpretarse en contra del proveedor del servicio, quien debe utilizar terminología clara, para no confundir al adquirente. Recae sobre aquél una obligación de información y consejo”²³.

Sin embargo, debemos advertir que este recto criterio no ha sido observado en forma pacífica, y hemos visto en un pronunciamiento de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, una interpretación opuesta, aunque cabe pensar que en el caso hubo una imprecisa definición de las necesidades del usuario, o una severa dificultad probatoria²⁴.

²³ SCJ Mendoza, Sala I, 5/2/90, “Sistex SA c/Oliva SA, Valerio”, LL, 1991-A-404, voto Kemelmajer de Carlucci.

²⁴ CNCCom, Sala C, 10/2/95, “AMAT SA c/UNISYS SUDAMERICANA SA”, SAIJ, sumario n° 6441: si de la lectura de un contrato de alquiler de equipos de computación y prestación de servicios de mantenimiento por un lado, y por el otro de transferencia de licencia para utilizar un “programa-producto”, instalación y servicios adicionales, surge con claridad que lo que la locadora garantiza es la entrega de los equipos libre de defectos de material o mano de obra, pero no la comerciabilidad o adecuabilidad del “programa-producto” a cualquier propósito, con lo que se ve que esta asumió una obligación de medio, no de resultado, no puede atribuírsele responsabilidad por la incapacidad de los equipos para afrontar las necesidades de la actividad comercial de la locataria.

Al respecto es importante recordar que el art. 37 de la ley 24.240 de defensa del consumidor²⁵ expresamente estipula en su parte final que “la interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa. En caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas”.

Puede discutirse si esta norma legal es o no aplicable a contratos como el que refiere el fallo citado (nosotros entendemos que sí lo es), pero el criterio de interpretación constituye un estándar que debería ser tenido como principal.

c) Documentación de la etapa precontractual

Como todos sabemos, generalmente los conflictos en derecho se resuelven a favor de quien puede acreditar o probar su posición, con alguna independencia del grado de razón que le asista. Dicho de otro modo, no es suficiente que una interpretación abstracta indique la justicia de nuestro reclamo, sino que se requiere contar con los medios de prueba que permitan acreditar tal extremo.

En materia de prueba, también es posible construir la acreditación de hechos y aun de la intención de las partes en base a indicios, pero siempre ayuda tener a mano prueba documental, sin perjuicio del valor de testimonios (si pudieran obtenerse) y de los dictámenes periciales.

En consecuencia, es recomendable que los aspectos principales, o todo aquello que sea posible, quede registrado, ya sea en soporte papel, en audio, o en otro medio que permita su posterior recuperación. Incluimos en esta alternativa al correo electrónico y a toda otra forma de registro que posibilite reproducir los contenidos, oportunidades o simplemente la ocurrencia de comunicación entre las partes.

Ejemplificamos siempre con las cartas que suelen enviar los requirentes, pidiendo cotización a uno o más prestadores de bienes o servicios informáticos, diciendo que ésta es la primera oportunidad en la que deben perfilarse adecuadamente las necesidades del usuario.

Podemos mencionar como documentos generalmente empleados en estas tratativas previas a las cartas de intención, actas que registren las discusiones, efectuando una reseña de hechos u opiniones vertidas con motivo del futuro acuerdo de

²⁵ Art. 37: “*Interpretación*. Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenientes: a) las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; b) las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; c) las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor. La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa. En caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario”.

voluntades. Es factible que se generen acuerdos marcos, determinando las grandes líneas de análisis funcional, o acuerdos intermedios, hasta llegar a configurar con precisión la oferta y su aceptación.

Aunque la práctica no revela esta situación, sino que por el contrario tiende a eliminarla u ocultarla con expresiones insertas en los contratos predispuestos por los proveedores que “dejan sin efecto todas las anteriores comunicaciones que se hayan intercambiado las partes”, es muy conveniente que se proceda en el sentido inverso, incorporando expresamente, como parte del complejo documental que registra el acuerdo de voluntades, toda la documental que se haya generado durante la etapa previa. Esto permite un mejoramiento sustancial de la aptitud probatoria de las partes en caso de suscitarse posteriormente un conflicto. Es que en estos documentos de la etapa precontractual suelen encontrarse especificaciones precisas sobre el objeto del contrato, las características de los bienes a suministrar, los plazos de entrega, instalación y puesta en marcha, el contenido del test de aceptación, las garantías, mantenimiento, precio y demás modalidades del contrato.

6. El acuerdo de voluntades

Mientras que cuando consideramos la validez de un contrato en forma genérica deben evaluarse los clásicos requisitos de capacidad, objeto lícito, causa y consentimiento, en materia informática ni la capacidad ni la causa ofrecen rasgos particulares; en cambio, el consentimiento, para ser válido, está supeditado a que sea prestada por una voluntad nítida y libre²⁶.

La configuración del error como vicio de consentimiento, conforme a los arts. 926 y 928 del Cód. Civil, es causa de nulidad cuando se refiere a cualidades sustanciales del objeto del contrato. En este sentido, lo expresado en cuanto a la obligación de advertencia y consejo del proveedor, en la etapa precontractual, cobra especial relevancia.

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, y podría ser un medio supletorio para establecer el equilibrio entre el cliente no especialista y el vendedor profesional²⁷.

El consentimiento también puede estar viciado por el dolo. Es interesante en la materia que nos ocupa el llamado “dolo negativo” o reticencia dolosa. La Corte de Casación francesa ha establecido que el dolo puede estar constituido por el silencio de una parte disimulando a su cocontratante un hecho que, de haberlo sabido, lo

²⁶ Bergel, Salvador D., *Contratos informáticos en el derecho privado*, en Carrascosa López, Valentín (dir.), “Informática y derecho”, UNED, vol. 8, Mérida, España, 1995.

²⁷ Bergel, Salvador D., *Contratos informáticos en el derecho privado*, en Carrascosa López, Valentín (dir.), “Informática y derecho”, UNED, vol. 8, Mérida, España, 1995.

hubiera inducido a no contratar²⁸. La Sala V de la Corte de París tuvo oportunidad de aplicar este criterio en los autos “Sté. Savié c/Sté. Logobax”. 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, y que el silencio que Logobax había observado era suficientemente grave para justificar la nulidad de la venta, quedando la sociedad Savié comprendida en las previsiones del art. 1340 del Cód. Civil para invocar el vicio de consentimiento del que había sido víctima y que no pudo conocer a la conclusión del contrato²⁹.

En nuestra opinión es fundamental, como señalamos previamente, que se incorpore al texto del acuerdo contractual la mayor cantidad de documentos pertenecientes a la etapa precontractual, que adquirirán un valor probatorio muy relevante cuando se trate de analizar si existió error o incluso medió una reticencia dolosa o, por el contrario, existió negligencia del adquirente, al no informar adecuadamente sus necesidades al prestador.

7. Entrega, instalación y puesta en marcha

Es importante tener presente que, atento al carácter específico de los contratos informáticos, cuando nos referimos a la entrega debemos distinguir la mera entrega física del equipo adquirido en el lugar destinado a su operatividad, del cumplimiento integral de la prestación, que requiere de la instalación y puesta en marcha, el test de aceptación y la aceptación.

Como una primera fase del cumplimiento de la prestación, se presenta la entrega física, cuya representación más común son las cajas con equipos que el transportista del proveedor descarga en la sede del adquirente, aunque también podría ser la entrega de los soportes físicos (discos, etc.) y manuales del *software*. En esta instancia se produce, salvo pacto en contrario, solamente una traslación del riesgo por deterioro físico o pérdida de la cosa. El proveedor descarga su responsabilidad por caso fortuito o fuerza mayor en manos del adquirente. Esta transmisión no ocurre si el deterioro o pérdida obedece a vicios de la cosa. En todo caso, el riesgo por caso fortuito podrá cubrirse mediante seguros.

La obligación de entrega en el plazo convenido comprende no sólo la entrega física, sino la instalación y puesta en marcha del sistema, en condiciones de prestar el servicio previsto al celebrarse el contrato³⁰.

Hablamos de “sistema”, y éste es otro importante aspecto a tener en cuenta cuando nos referimos a un moderno concepto de entrega. Hemos sostenido que la

²⁸ Casación Civil III, 15/6/71, citado por Bergel, Salvador D., *Contratos informáticos en el derecho privado*, en Carrascosa López, Valentín (dir.), “Informática y derecho”, UNED, vol. 8, Mérida, España, 1995.

²⁹ Bergel, Salvador D., *Contratos informáticos en el derecho privado*, en Carrascosa López, Valentín (dir.), “Informática y derecho”, UNED, vol. 8, Mérida, España, 1995.

³⁰ CNCom, Sala E, 26/6/86, “Sisteco, Sistemas de Computación SA c/Sujoy, Sergio”, LL, 1987-A-135; ED, 122-437; DJ, 1987-I-714: “En la compraventa de un equipo de computación no basta la mera entrega física del equipo adquirido, e inclusive no es suficiente la instalación y puesta en marcha, sino que, a los efectos de la aceptación del sistema y de la asunción de la obligación de pago, es necesaria la operación conforme del conjunto de los elementos componentes del sistema y su utilidad y adecuación a los fines previstos”.

noción de “sistema” es esencial e inherente al concepto de la adquisición de equipos informáticos.

Ello está directamente vinculado al cumplimiento del plazo de entrega convenido en el contrato, y en consecuencia no bastará la entrega e incluso la instalación y puesta en marcha de elementos aislados del equipo informático, sino que, con base en el concepto de “sistema”, la obligación de entrega y el cumplimiento del plazo pactado sólo se considerará efectivizada mediante la entrega, puesta en marcha y operación conforme del conjunto de los elementos componentes del sistema informático adquirido³¹.

Entre los elementos que debe suministrar el proveedor al usuario deben incluirse los manuales y documentación anexa que permita un funcionamiento satisfactorio y eficiente de los equipos, para lo cual es menester que se establezca en el contrato este aspecto, así como la oportunidad en que ella tendrá lugar. Es conveniente aclarar que el proveedor deberá actualizar o sustituir tales documentos durante un período razonable de tiempo. Esta documentación se considera parte del soporte físico y el soporte lógico y, por lo tanto, incluida 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 usuario³².

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, tema que ha dado lugar a la denominada “doctrina de la integración publicitaria del contrato”³³.

Finalmente, en lo que se relaciona con esta fase del cumplimiento del contrato, está la instalación y puesta en marcha de los equipos. Si nada se ha dicho al respecto, consideramos que debe ser una carga del proveedor, salvo pacto en contrario, o cuando el adquirente cuente con un servicio técnico especializado que esté en condiciones de ejecutar estas tareas.

³¹ Altmark, Daniel R., *Responsabilidad civil en contratos informáticos*, “Revista de Derecho Industrial”, n° 21, p. 450, sept.-dic. 1985 y fallo citado en nota 30.

³² Bergel, Salvador D., *Contratos informáticos en el derecho privado*, en Carrascosa López, Valentín (dir.), “Informática y derecho”, UNED, vol. 8, Mérida, España, 1995. Ver art. 6º, LDC: “Cosas y servicios riesgosos. Las cosas y servicios, incluidos los servicios públicos domiciliarios, cuya utilización pueda suponer un riesgo para la salud o la integridad física de los consumidores o usuarios, deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de los mismos. En tales casos debe entregarse un manual en idioma nacional sobre el uso, la instalación y mantenimiento de la cosa o servicio de que se trate y brindarle adecuado asesoramiento. Igual obligación regirá en todos los casos en que se trate de artículos importados, siendo los sujetos anunciados en el art. 4º responsables del contenido de la traducción”.

³³ Bergel, Salvador D., *Contratos informáticos en el derecho privado*, en Carrascosa López, Valentín (dir.), “Informática y derecho”, UNED, vol. 8, Mérida, España, 1995. El art. 8º de la LDC dice: “Efectos de la publicidad. Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios prospectos, circulares u otros medios de difusión obligan al oferente y se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor”. La ley española de defensa al consumidor establece que “las prestaciones propias de cada producto o servicio y las condiciones y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado”. Ver art. 30, Cód. Brasileño de Defensa del Consumidor.

Cuando el equipo ha sido debidamente conectado, incluyendo los aspectos de funcionamiento en red, se han dado las condiciones para llevar a cabo el llamado “test de aceptación”.

8. El test de aceptación

Otro aspecto a tener presente con relación a la cuestión del plazo de entrega es el vinculado al “test de aceptación”. Se trata de una operación de verificación, una suerte de prueba que se desarrolla para comprobar si el equipo supera ciertas exigencias preestablecidas, que están relacionadas con el objeto de la contratación. Es conveniente que el adquirente establezca la previsión contractual expresa de no aceptar el equipo ni asumir obligación de pago, hasta que el proveedor haya probado que ha superado determinadas pruebas estándares³⁴.

Esto significa que la obligación de pago del precio, en los contratos de adquisición de sistemas informáticos, y el término contractual pactado, en los acuerdos de arrendamiento, se verificará recién cuando se haya cumplido con los requerimientos del test de aceptación³⁵. Sin duda, como lo hemos sostenido reiteradamente, este es un aspecto que deberá elaborarse cuidadosamente, para no caer en ambigüedades que desnaturalicen la verificación de aptitud del sistema, pero que tampoco conviertan a esta prueba en una condición potestativa³⁶.

Por estos motivos creemos que es necesaria una clara determinación del contenido y extensión del “test de aceptación”, en el capítulo referido al plazo de entrega, en el instrumento contractual. Dicho plazo se considerará cumplimentado sólo cuando se efectivice satisfactoriamente el período correspondiente al test de aceptación, comprensivo no de cada elemento adquirido en forma independiente, sino de la entrega, instalación y puesta en marcha de conformidad, del conjunto de los componentes del sistema.

En este sentido, las cláusulas tipo del CECUA establecen 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. El concepto de “buenos usos en la práctica informática” implica

³⁴ Nazar Espeche, Félix A. - Altmark, Daniel R., *Aspectos de los contratos informáticos*.

³⁵ CNCom, Sala E, “Sisteco Sistemas de Computación c/Sujoy”, LL, 1987-A-135.

³⁶ A título ilustrativo, los contratos tipos mejicanos en la década pasada, para la adquisición de equipamiento informático, exigían como resultado de las pruebas una eficacia o respuesta del equipamiento de aproximadamente el 90% de la prevista al suscribirse el acuerdo. El Pliego Modelo del Banco Mundial para adquisición de equipos informáticos, en su párr. 3.8.1. estipula: “El comprador o sus representantes, tendrán el derecho de inspeccionar y/o probar los bienes, a fin de verificar su conformidad con las especificaciones del contrato. En las condiciones especiales del contrato y/o especificaciones técnicas, se precisarán las inspecciones y pruebas que requerirá el comprador y el lugar en que habrán de efectuarse. El comprador notificará por escrito a el proveedor la identidad de todo representante designado para estos fines” y en las condiciones particulares, pone como ejemplo: “el comprador requiere los siguientes procedimientos de inspección y pruebas: prueba técnica de funcionamiento por muestreo”.

que las prestaciones deben ser cumplidas por el proveedor de conformidad con las normas, la tecnología, la concepción (arquitectura de sistemas), la fabricación, el equipo lógico, etc., propios del estado de la técnica. Existen en muchos países organismos de normalización, habiéndose creado una asociación internacional para unificar criterios (ISO: *International Standards Organization*)³⁷.

9. Aceptación o recepción provisoria. Plazo de garantía

Superado el test de aceptación, corresponde declarar que el equipamiento es aceptado y nace en este momento la obligación de pagar el precio. Sin embargo, por la complejidad de estos bienes, es conveniente establecer que 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 aceptación de los equipos, que nosotros equiparamos a la recepción provisoria de una obra.

Durante este período el proveedor está obligado al mantenimiento correctivo, preventivo y sistemático del equipo, debiendo 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 son defectos de fabricación, defectos de material o de concepción. Es frecuente establecer que en el supuesto de interrupción del funcionamiento por defectos de fabricación o de materiales los tiempos se sumarán y el plazo de garantía se prolongará 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 extensión³⁸.

En nuestra opinión, es conveniente retener una parte del precio, para constituir un fondo de garantía que el proveedor podrá sustituir por seguros de caución o equivalentes.

En esta etapa deberían denunciarse los vicios ocultos que se detectaran al explotar integralmente el sistema. Pensamos que los vicios aparentes, es decir, aquellos que son perceptibles por cualquier observador, atento, pero no experto, deben denunciarse hasta la aceptación o recepción provisoria.

10. Garantías específicas

Durante el cumplimiento de la prestación, en los contratos informáticos existen ciertas garantías propias de esta categoría, que nosotros hemos denominado “compatibilidad”, “escalabilidad” y “modularidad”.

La “compatibilidad” significa que el proveedor 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

³⁷ Bergel, Salvador D., *Contratos informáticos en el derecho privado*, en Carrascosa López, Valentín (dir.), “Informática y derecho”, UNED, vol. 8, Mérida, España, 1995.

³⁸ Bergel, Salvador D., *Contratos informáticos en el derecho privado*, en Carrascosa López, Valentín (dir.), “Informática y derecho”, UNED, vol. 8, Mérida, España, 1995.

al de utilidades e implementación con la aplicación. Entendemos que existe una obligación implícita del proveedor en este sentido³⁹.

Por “escalabilidad” entendemos la posibilidad del sistema de migración a diseños o arquitecturas superiores o distintas, lo que hoy adquiere una especial importancia económica por la permanente evolución tecnológica, que incrementa rápidamente las exigencias de rendimiento de los equipamientos y convierte en obsoletas las arquitecturas o diseños que tenían vigencia ayer.

Por “modularidad” entendemos la aptitud del sistema para funcionar por módulos independientes, que integran el conjunto pero tienen autonomía entre sí⁴⁰.

Con relación al soporte lógico, 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 sanear al cliente de cualquier gasto que se irrogue con relación a tales litigios. Ello obedece a que el usuario no tiene por qué indagar acerca de los derechos que se transmiten en el contrato, y si éste 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 legales⁴¹.

Otra de las garantías implícitas, aunque es conveniente precisar sus alcances en el contrato, es 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, etcétera⁴².

También se requiere que el proveedor suministre asistencia técnica al usuario, y específicamente una asistencia 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 tarifas⁴³. 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

³⁹ CNCom, Sala E, 26/6/86, “Sisteco, Sistemas de Computación SA c/Sujoy, Sergio”, LL, 1987-A-135; ED, 122-437; DJ, 1987-I-714: La secuencia de irregularidades en el funcionamiento del equipo de computación genera obligaciones a cargo del proveedor del equipo informático, quien explícita o implícitamente garantiza la compatibilidad de las especies vendidas.

⁴⁰ El popular programa “Office” de microsoft es un buen ejemplo de esta “modularidad”.

⁴¹ Bergel, Salvador D., *Contratos informáticos en el derecho privado*, en Carrascosa López, Valentín (dir.), “Informática y derecho”, UNED, vol. 8, Mérida, España, 1995.

⁴² Las cláusulas tipo del CECUA establecen que el proveedor impartirá 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.

⁴³ Ver al respecto Altmark, Daniel R., *El contrato de mantenimiento*, LL, 1996-B-719.

prestación del servicio, sino en lo relativo a los eventuales daños causados por el uso e imputables al mantenimiento. 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.

Podríamos agregar la garantía sobre repuestos, que 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 equipo⁴⁴.

11. Vicios ocultos

Sin perjuicio 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. Según el art. 2164 del Cód. 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.

En el ámbito informático debemos tener en cuenta que no se pueden trasladar mecánicamente conceptos o pautas pensadas para otros objetos⁴⁵. Ya hemos planteado que debe considerarse como vicio oculto el supuesto de que el equipo físico y el equipo lógico no sean aptos para el fin al cual se lo destinan, 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.

Sobre el particular, tanto doctrina como jurisprudencia han insistido en el sentido de que un elemento de primer orden para la determinación de 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 (p.ej., un defecto de los materiales).

En nuestra materia, aun 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, mas la garantía no puede satisfacerse con ese sólo recaudo. La causa del contrato para el adquirente es la informatización de sus acti-

⁴⁴ Cfr. art. 12, LDC. En este sentido, las cláusulas tipo del CECUA establecen que durante los diez años que siguieran 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.

⁴⁵ CNCom, Sala E, 26/6/86, "Sisteco, Sistemas de Computación SA c/Sujoy, Sergio", LL, 1987-A-135; ED, 122-437; DJ, 1987-I-714: Los vicios de adquisición de equipos de computación no pueden ser juzgados conforme a pautas elaboradas para otros objetos.

vidades para llegar a determinados fines que tuvo en cuenta, en forma implícita o explícita, al contratar. 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 por el adquirente, así como el resultado previsto por éste.

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.

El vicio, además, debe ser oculto. En este sentido, el art. 2170 del Cód. 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, cobra 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. Descubierta antes del control de conformidad (en el período correspondiente a los tests de aceptación), constituye un defecto aparente que no cierra la responsabilidad del proveedor.

Descubierto luego de cumplidos los tests, puede constituir un vicio oculto que impida la utilización del material por el adquirente. La fecha de instalación y aun 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 juzgar esta garantía.

El plazo para el ejercicio de las acciones es sumamente breve, pero la jurisprudencia 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 suspensión 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, Cód. Civil) y deberá reparar todas las consecuencias del daño por vicios ocultos (art. 1645, Cód. 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 Cód. 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.

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 es sólo un montón de hierros inútiles⁴⁶.

En el derecho italiano, el art. 1229 del Cód. 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 idónea 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 fe los vicios de la cosa al comprador. Al respecto, en nuestro derecho, el art. 37 de la ley de defensa del consumidor es una clara pauta a observar.

© Editorial Astrea, 2001. Todos los derechos reservados.



⁴⁶ Giannantonio, Ettore, citado por Bergel, Salvador D., *Contratos informáticos en el derecho privado*, en Carrascosa López, Valentín (dir.), "Informática y derecho", UNED, vol. 8, Mérida, España, 1995. Conf. CNCom, Sala E, "Sisteco c/Sujoy, Sergio", LL, 1987-A-135; ED, 122-437; DJ, 1987-I-714.