

Introducción a la contratación informática

VALENTÍN CARRASCOSA LÓPEZ
ASUNCIÓN POZO ARRANZ
EDUARDO P. RODRÍGUEZ DE CASTRO

*Profesores-Tutores del Centro Asociado de Mérida (ESPAÑA) de la Universidad
Nacional de Educación a Distancia*

La presente comunicación, tan solo pretende mostrar el nuevo mundo que se abre en la contratación con los llamados contratos informáticos, destacando sus notas más características y las necesidades más acuciantes, reseñando asimismo los peligros y soluciones que deben siempre tenerse presentes, al negociar sobre bienes y servicios informáticos.

INTRODUCCION A LA CONTRATACION INFORMATICA

I.- EL DERECHO INFORMATICO

La importancia de la Informática en la sociedad actual, es algo indiscutible, y que a estas alturas, nadie pone en duda. El Derecho, como regulador de la conducta humana, se ve inexorablemente influenciado por esta nueva Ciencia.

Pero si tanto los juristas, como los informáticos, incluso toda persona ajena a estos ya tan interrelacionados mundos, reconocen sin ningún género de duda, la posición preeminente que la Informática ha adquirido en la actualidad, no hay por el contrario, unanimidad en el tratamiento jurídico que a esta materia ha de darse.

Consideramos que cuanto mayor es el avance tecnológico al que llegamos, mayor es la ineficacia o insuficiencia de nuestra normativa para los problemas jurídicos que van apareciendo. De esta forma, la Informática ha creado una parcela, con características propias, y con necesidades que nuestras viejas normas, no satisfacen suficientemente.

Vemos pues, la conveniencia de que el Derecho Informático, como parte del Derecho que aborda todos los problemas jurídicos que se suscitan como consecuencia de la Informática, se estudie con la independencia y profundidad que exigen las actuales circunstancias.

Por todo lo expuesto, entendemos que la rama del Derecho Informático, si bien no existe en los actuales planes de estudio, sí tiene unos límites perfectamente definidos, formando una realidad indiscutible.

Obviar las peculiaridades y necesidades jurídicas de la Informática, nos llevaría a un conjunto de soluciones parcheadas, que impedirían una visión global y acertada de la nueva situación técnica.

Si hemos puesto de manifiesto nuestro apoyo incondicional al llamado "Derecho Informático", debemos ahora concretar este concepto.

En un primer acercamiento al mismo, podíamos entender el Derecho Informático, como una rama del Derecho, o si se prefiere, una parte del Derecho, que trata problemas relacionados con la materia informática.

Pero debemos precisar más, y así, compartimos la clasificación que don EMILIO DEL PESO NAVARRO¹ hace al distinguir el Derecho Informático, o Derecho de la Informática, de la Informática Jurídica. En el primer caso, la propia Informática es el objeto del Derecho, mientras que con el término Informática Jurídica, estamos considerando la Informática como la herramienta de nuestra actividad.

Dentro de esta faceta del Derecho Informático o Derecho de la Informática, un aspecto clave es el que se refiere a la materia contractual, así, la contratación informática se presenta como una parte de este sector del Derecho que merece un especial estudio y consideración.

■ 1 EMILIO DEL PESO NAVARRO.- "Análisis Jurídico desde una perspectiva informática.La Contratación Informática". Revista Actualidad Informática Aranzadi. Núm. 14 Enero 1.995.

II.- LA CONTRATACION INFORMATICA.- GENERALIDADES.

Llegados a este punto, nos vemos obligados a hacer una precisión terminológica imprescindible para poder delimitar el objeto de nuestro estudio. Como ya hemos señalado, al hacer referencia a los conceptos de Derecho Informático y de Informática Jurídica, la Informática se presenta también en el ámbito contractual, en su doble aspecto de objeto y herramienta.

Se ha denominado contratación informática a los contratos de bienes y/o servicios informáticos, incluyendo los relativos a las bases de datos².

MIGUEL ANGEL DAVARA³ la define como aquella cuyo objeto sea un bien o servicio informático, o ambos, o que una de las prestaciones de las partes tenga por objeto este bien o servicio informático.

En contraposición a la llamada contratación informática, se presenta la llamada "contratación electrónica o por medios electrónicos" que el Profesor DAVARA⁴ define como aquella que con independencia de cual sea su objeto, que puede también ser la Informática, aunque no necesariamente, se realiza a través o con ayuda de los medios electrónicos, que no tienen por qué ser siempre ordenadores.

En esta misma línea, si bien con terminología diferente, CARLOS E. SALTOR⁵ habla de los contratos telemáticos, como aquellos que se caracterizan, no por el objeto sobre el que recaen, sino por la forma de perfeccionamiento por medio de un sistema telemático.

En general, y estando plenamente de acuerdo con las anteriores definiciones, compartimos la posición de SALVADOR DARIO VERGEL⁶ que pone de manifiesto la prudencia con que debemos acercarnos a estos contratos ya que, por regla general, el término "contratación informática" se presenta en una doble acepción: en un sentido amplio incluiría tanto la contratación sobre bienes o servicios informáticos, como la realizada a través de estos medios; y en un sentido

- 2 ISABEL HERNANDO.- "Contratos Informáticos (Consideraciones Generales)" II Jornadas Abogacía e Informática. Barcelona 21-22 Abril 1.994. Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona.
- 3 MIGUEL ANGEL DAVARA RODRIGUEZ.- "Derecho Informático". Primera Edición 1.993. Editorial Aranzadi.
- 4 MIGUEL ANGEL DAVARA RODRIGUEZ.- Obra ya citada.
- 5 CARLOS E. SALTOR.- "Informática y Contratos". Ponencia presentada en el IV Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho. Bariloche 1.994.
- 6 SALVADOR DARIO VERGEL.- "Contratos Informáticos en el Derecho Privado". REVISTA Nº 8 "INFORMATICA Y DERECHO" - UNED Mérida.

estricto, se limitaría al primero de estos grupos de contratos.

El estudio que ahora nos ocupa se ciñe a la contratación informática en su sentido estricto y cuando empleemos este término, lo haremos siempre en este único sentido.

Con todo lo dicho, podemos afirmar, que la clave para determinar si estamos ante un contrato informático, es atender a su objeto, que siempre deberá recaer, como ya hemos señalado, sobre bienes y/o servicios relacionados con la Informática, lo que nos obliga a abordar estos conceptos.

Son bienes informáticos⁷ todos aquellos elementos que forman el sistema -ordenador- en cuanto al hardware, ya sea la unidad central del proceso, o sus periféricos, y todos los equipos que tienen una relación directa de uso con respecto a ellos y que en su conjunto, conforman el soporte físico del elemento informático, así como los bienes inmateriales que proporcionan las órdenes, datos, procedimientos e instrucciones en el tratamiento automatizado de la información y que, en su conjunto, conforman el soporte lógico del elemento informático. Mientras que los servicios informáticos serían todos aquellos que sirvan de apoyo y complemento a la actividad informática, en su relación de afinidad directa con ella.

Todo esto ha llevado a GALGANO⁸ a concluir que el elemento informante 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.

III.- CONTRATACION ORDINARIA Y CONTRATACION INFORMATICA

Partiendo de la definición de GHERSI que concibe la contratación informática como aquellas operaciones jurídicas, por las cuales se crean, modifican o extinguen relaciones obligacionales sobre bienes o servicios informáticos, se plantea el problema de la razón de ser de esta categoría de contratos, o dicho de otra forma, de la diferencia entre la contratación informática y la contratación ordinaria y de las dificultades que presenta su estudio.⁹

■ 7 MIGUEL ANGEL DAVARA RODRIGUEZ.- Obra ya citada

■ 8 F. GALGANO.- "La Cultura Giuridica Italiana di fronte ai problemi informatici, en I. Contrati di Informatica".

■ 9 Consideramos contratación ordinaria aquella que independientemente de su naturaleza civil o mercantil, no recaiga sobre bienes y/o servicios informáticos.

Ciertamente, como señala SALVADOR DARIO VERGEL¹⁰, puede discutirse la categoría de contrato informático, pero no puede ponerse en tela de juicio la existencia de una problemática común que requiere una solución de conjunto. Podemos encontrar algunas notas propias de este tipo de contratos, y otras que, sin ser propias de estos, se caracterizan por el hecho de referirse a la materia informática.

Con ello, no defendemos la total desconexión de estos contratos y el intento de una regulación que parta de cero, pero si debemos ser conscientes de que, basándonos en nuestra legislación, hemos de ir más allá del mero intento de ajustarlos de una forma absoluta, a unos cánones que, en muchos casos, se alejan de su propia naturaleza.

El jurista que accede al estudio de este tipo de contratación, se encuentra con importantes dificultades derivadas de la especificidad de sus aspectos técnicos, la particularidad de su vocabulario, y la estructura compleja que revisiten muchos de ellos¹¹.

El estudio concreto de la contratación informática, nos exige partir del tratamiento de los tipos contractuales ya existentes en nuestra normativa, descubrir sus características, intentando dar respuesta a los problemas que plantean con nuestra propia legislación, ayudados de la interpretación jurisprudencial y doctrinal, y sólo en el caso en que sea absolutamente imposible, con los elementos señalados, dar respuesta a las nuevas necesidades, acudir a una legislación y práctica extranjera que deberá siempre ser respetuosa con la propia, y a su vez, exigir a nuestro legislador, que tomando conciencia de la nueva situación, regule de forma precisa, los extremos que aún así queden fuera de nuestro alcance.

En ningún caso, podemos acudir a la fácil e incorrecta solución de suponer que, si nuestra normativa contractual es insuficiente o no se ajusta de forma absoluta e indiscutible a las necesidades de estos nuevos contratos, un "calco" del Derecho Comparado, sobre la base de la autonomía de la voluntad de nuestro art. 1.255 del Código Civil, puede ser la vía adecuada de solución, aún conculcando nuestros principios contractuales básicos, perfectamente reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico.

Debe tenerse en cuenta que el estudio de la contratación informática, no sólo es fundamental por las importantes consecuencias económicas que conlle-

■ 10 SALVADOR DARIO VERGEL.- Obra ya citada.

■ 11 ANDRE BERTRAND.- "Contrats Informatiques. Services et Conseils Ed. des Parques. Paris 1.983.

va, sino porque además es una vía básica de entendimiento del fenómeno global de la informática¹².

IV.- PRINCIPIOS Y CARACTERISTICAS FUNDAMENTALES DE LOS CONTRATOS INFORMATICOS.

Como señala MIGUEL ANGEL DAVARA¹³, los contratos informáticos como tales, con su tipicidad única y propia, no existen, no siendo posible un modelo único de contrato, lo que nos obliga a acudir a la teoría general de la contratación. Pero esta afirmación, sin dejar de ser correcta, no impide que haya una serie de características y circunstancias que impregnan la propia esencia de todo contrato informático.

Así, en primer lugar, debemos destacar las diferencias existentes entre ambos contratantes. El proveedor (como término genérico) de bienes o servicios informáticos, no solamente se encuentra, por regla general, en una posición económicamente más fuerte que la del usuario (también utilizado en término genérico), sino que además, y esta es una de las características propias de este tipo de contratos, sus conocimientos técnicos suelen estar muy distanciados.

Este desequilibrio evidente lleva con cierta habitualidad, a la creación de contratos de adhesión, en los que la colaboración negociada y bilateralidad propia de todo tipo contractual, queda muy mediatizada. El usuario no interviene en igualdad de condiciones en la gestación del contrato, sino que se limita a aceptar lo que el proveedor le ofrece-impone.

Por otra parte, observamos que este ámbito contractual se presenta como terreno abonado para la aparición de abusos, por acciones u omisiones, que pueden llegar a viciar el contrato. El intentar ampararse en la autonomía de la voluntad, art. 1.255 del Código Civil¹⁴, para justificar todo tipo de cláusulas contractuales, no sólo es una falacia, sino que en nuestra opinión, va en contra de la propia literalidad del artículo antes citado.

■ 12 ISABELLE DE LAMBERTERIE.- "Contratos en Informática".- Revista de Derecho y Tecnología Informática. Mayo de 1.989.

■ 13 MIGUEL ANGEL DAVARA.- Obra ya citada.

■ 14 Art. 1.255 del Código Civil "Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público".

Es obligación indiscutible de la parte más informada, esto es el proveedor del bien o servicio, poner de manifiesto al usuario todas y cada una de las características del entramado técnico que puede ser objeto de contratación. Pero no solamente debe informar en sentido estricto (poner de manifiesto una serie de hechos) sino que debe "aconsejar" la solución más beneficiosa y factible a las necesidades de la contraparte, lo que no debe suponer colocar al usuario en una posición de absoluta pasividad y privilegio, sino que, por el contrario, éste tiene el deber inexcusable de cooperar con el proveedor en la determinación de sus necesidades y de las mejores respuestas a las mismas.

Por otra parte, como en todo tipo de contratos, las posiciones de los contratantes son opuestas, pero concurrentes en su perfección (art. 1.262.1 del Cc¹⁵). El usuario parte de su intención de contratar un resultado, frente a la opinión del proveedor que oferta un funcionamiento en abstracto. Ciertamente, parece lógico inclinarse por la contratación con miras a un resultado. Se solicita un sistema informático, por unas necesidades que quieren solventarse, pero debemos ser conscientes, que en la materia que nos ocupa, la perfección indiscutible y la garantía absoluta de un resultado, se complican a medida que la solicitud es más compleja. Entendemos por ello, que es característica propia de la contratación informática, buscar un resultado dentro de parámetros lógicos y naturales, sin permitir la exigencia del usuario de un resultado ideal e inalcanzable, ni al proveedor de una discreción y arbitrariedad que llevarían a la propia inexistencia del contrato (art. 1.256 del Código Civil¹⁶).

Otra nota característica de este tipo de contratos es la diversidad de las prestaciones. Diversidad de prestaciones que se complica en el momento en que la contratación deja de centrarse en un bien o servicio, para incluir una pluralidad de prestaciones. Así nos encontramos, no sólo con la posibilidad, sino con la habitual presencia de múltiples prestaciones englobadas en un sólo contrato, o bien múltiples contratos, sobre prestaciones diversas, interconectados¹⁷, que crean una relación de dependencia entre ellos. Todo ello obliga a que el objeto de la contratación informática este precisado de una forma exquisita y con una terminología perfectamente detallada.

■ 15 Art. 1.262.1 del Código Civil " El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la causa y la cosa que han de constituir el contrato"

■ 16 Art. 1.256 del Código Civil " La validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes".

■ 17 ANA LOPEZ FRIAS.- "Los Contratos Conexos".Ed. J.M.Bosch S.A.. Barcelona 1.994.

Como ya hemos señalado, las soluciones a las necesidades contractuales en materia informática, no pueden ser solventadas de ningún modo, por una mera traducción de los moldes provenientes de ordenamiento jurídicos ajenos. Sus planteamientos normativos y negociales pueden ser radicalmente diferentes a los nuestros, lo que supondrá o podrá suponer la plasmación de cláusulas contractuales, que carezcan de todo sentido para nosotros, o incluso que adolezcan de nulidad por contravenir una normativa, ya vigente¹⁸.

Como establece CATALA¹⁹ la traducción literal de conceptos propios de un país que no guarda su correlato con otro, puede llevar a serios equívocos.

Debemos también destacar, en cuanto a la protección de las partes contratantes, que nuestra Constitución, si bien pensando en una problemática general y no centrada en la contratación informática, es consciente de la necesidad de amparo a los consumidores y usuarios, máxime cuando la diferente posición entre ellos y los proveedores o suministradores, está marcadamente diferenciada por conceptos técnicos además de negociales.

Si bien se parte de una cooperación en la formación de un negocio por ambas partes contratantes, el tráfico masivo de mercancías, el comercio de las multinacionales y la complicación de los objetos y servicios intercambiados, coloca esta idea primigenia en una posición un tanto utópica, en un gran número de ocasiones.

El art. 51 de la Constitución Española obliga a los Poderes Públicos a garantizar la defensa de los consumidores, desarrollándose esta protección principalmente en nuestra Ley de Consumidores y Usuarios (Ley 26/84 de 19 de Julio). Pero si atendemos al art. 1.3 de la citada Ley 26/84, quedarán fuera de la protección que dicha ley proclama, un gran número de supuestos negociales, relacionados con la Informática, en que si bien el llamado usuario, es el destinatario final de los bienes adquiridos, y los integra en su proceso de producción, sus características y diferencias con el suministrador, le colocan en la misma situación de necesidad de protección, que al usuario de la Ley 26/84, por lo que hemos de entender que la citada normativa, cuando menos de una manera orientadora, debe ser aplicable a tales casos. A iguales necesidades, idénticas soluciones.

■ 18 Merece destacarse como ejemplo la cláusula de exclusión de responsabilidad propia de los contratos anglosajones y de difícil adaptación a nuestro ordenamiento jurídico.

■ 19 P. CATALA.- "L'Informatique et l'évolution des modèles contractuelles. V Congreso Informática e Actividad Jurídica. Roma 1.993.

V.- NATURALEZA Y FORMA DE PRESENTARSE LOS CONTRATOS INFORMATICOS.

El primer problema que plantean los contratos informáticos es la necesidad de acoplarlos a los tipos legales ya existentes o bien, dicho de otro modo, la posibilidad de identificarlos con otros típicos o acudir al concepto más genérico de atipicidad.

Los contratos atípicos surgen como respuestas a las cambiantes necesidades económicas que evolucionan con mayor rapidez que el contenido de nuestras leyes, y así cuando las nuevas necesidades no pueden ser solventadas por los contratos típicos, aparecen al amparo de la libertad contractual, nuevas formas que responden a un normal desenvolvimiento de la vida jurídico económica.

Lógicamente estos contratos habrán de regirse por los acuerdos de las partes, por las normas dispositivas de figuras afines, por las generales de la contratación y por la costumbre y principios generales del Derecho.

Pero los contratos atípicos, esto es, aquellos para los que el ordenamiento jurídico, de una forma absoluta o relativa, no tiene establecida una particular disciplina jurídica, pueden surgir como contratos que carecen de todo ordenamiento legal, que no coinciden con ningún contrato ya regulado, o bien de la combinación de diferentes tipos contractuales, dando lugar a los contratos unidos, múltiples o mixtos.

Hoy en día la atipicidad absoluta es difícil de encontrar, pero por otra parte, en la materia que nos ocupa, más que en ninguna otra, la forma normal de presentarse un contrato es la mixta, que supone que un solo acto negocial engloba diversas prestaciones características de otros contratos típicos.

La regulación aplicable a estos contratos ha dado lugar a diversas teorías como son: la Teoría de la Absorción, que supone descubrir el elemento principal con aplicación de la regulación que corresponda; la Teoría de la Combinación que supone una conjunción de las distintas normas aplicables a cada uno de los elementos; y la Teoría de la Aplicación Analógica, que aplica la normativa resultante de los principios generales del derecho, informadores de los tipos más afines.

Creemos que la solución más correcta es precisamente una combinación de las tres teorías antes reseñadas, y así fruto de la aplicación de normas referentes al elemento principal, junto con las que provengan de la combinación con

los demás elementos, atemperados por las aplicables a los tipos más afines, nos darán una regulación más equitativa y justa.

G. ALPA²⁰ aplica los principios de la atipicidad, sólo a los casos en que las partes hayan empleado fórmulas contractuales no identificables claramente, pero por el contrario, somos de la opinión de que una medida correctora de la atipicidad genérica puede redundar en beneficio de la mayor equidad contractual.

No obstante, con todo lo dicho, tratamos una materia en la que predominan los llamados contratos de "atipicidad típica", o en palabras de ROSELLO²¹, "atipicidad estandarizada", que goza así de una tipicidad social individualizada por los usos negociales, doctrina, y en cierto modo, actuación jurisprudencial.

Problema diferente supone la aparición de los contratos conexos²², que determinan una coordinación de distintos tipos negociales unidos por una misma finalidad económica.

En estos supuestos, encontramos un conjunto de contratos típicos, pero que están íntimamente relacionados, debiendo depender los resultados de uno, de los resultados de los demás.

Si bien, la regulación aplicable, con la dependencia ya señalada, se presenta de una forma más sencilla. En cualquier caso, el principio base de nuestra contratación es la autonomía de la voluntad, y será sobre esta base, sobre la que los contratantes, comiencen y determinen el perfil de sus negocios, ahora bien, la ley (art. 1.258²³) liga a los contratos unas consecuencias que no tienen por qué estar plasmadas en los mismos, y la autonomía de la voluntad no puede conculcar estas consecuencias, lo mismo que las obligaciones que de forma imperativa se establezcan por nuestra normativa.

Así el mayor o menor grado de atipicidad de los contratos informáticos, o el juego más o menos preponderante de la autonomía de la voluntad, no puede nunca llevar a una configuración abusiva del contrato, provocándose la nulidad de determinadas cláusulas o incluso de la totalidad del contrato.

■ 20 G. ALPA.- *I Contratti in Generale (Introduzione alla nuova Giurisprudenza)* UTET, Torino 1.990.

■ 21 ROSELLO 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 1.984.*

■ 22 ANA LOPEZ FRIAS.- *Obra ya citada.*

■ 23 Art. 1.258 Cc.- "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley".

La forma habitual de presentarse la contratación informática, ha venido siendo la de los contratos de adhesión, partiendo de la clasificación entre los contratos negociados y los ya referidos de adhesión.

Somos conscientes del desequilibrio tanto técnico como económico, que en la mayoría de los casos, se da entre las partes negociantes en la contratación que ahora nos ocupa, pero no por ello, nuestra posición ha de ser total y absolutamente contraria a las citadas formas contractuales.

La constante repetición de un determinado contrato, la mayor experiencia en la materia, la buena fe y garantías reconocidas, la continuidad negocial y los mayores conocimientos técnicos, deben orientarse a una mejor determinación del contrato, y si así se hace, la contratación será más rápida y beneficiosa para ambas partes, sin que ello implique la absoluta ausencia de estudio por la parte que no haya redactado el contrato, sino que se limite a firmarlo.

Bajo ningún concepto se deberán admitir las cláusulas abusivas, que en cualquier caso, llevarán aparejada la nulidad, pero debemos recordar que es la mutua confianza, lo que hace posible el comercio, y si bien tenemos que partir de un estudio conjunto del contrato, la forma de adhesión, no tiene por qué transformarse en un cúmulo de cláusulas abusivas.

No obstante, compartimos la idea de ISABELLE DE LAMBERTERIE²⁴, de la necesidad de imponer una contratación negociada cuando la importancia del contrato, el vínculo de fuerza entre los contratantes, y la naturaleza del mismo, así lo exijan.

VI.- ELEMENTOS DE LA CONTRATACION INFORMATICA

El art. 1.261 del Código Civil, establece como indispensables para la existencia de un contrato²⁵ la concurrencia del consentimiento, el objeto y la causa.

De estos tres elementos indispensables para la existencia de todo contrato, hemos de destacar, en primer lugar, y por lo que se refiere a la causa, figura discutida y discutible, tanto en su concepto, como en cuanto a su propia exis-

■ 24 ISABELLE DE LAMBERTERIE.- Obra ya citada.

■ 25 Art. 1.261 del Código Civil.- "No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1 Consentimiento de los contratantes, 2 Objeto cierto que sea materia del contrato y 3 Causa de la obligación que se establezca".

tencia, que su presencia en la contratación informática no tiene, en principio, por qué presentar características diferenciadoras. No es este el momento de entrar en el estudio de las diferentes teorías de la causa²⁶, queriendo simplemente señalar que el motivo, tanto abstracto y genérico, como concreto y específico de la voluntad contractual, en este tipo de contratos, deberán en cierto modo, ser objeto de una exquisita determinación en la fase precontractual. Las partes, antes de prestar su consentimiento, deberán tener muy clara la finalidad que se va a obtener con ese contrato, y la que ellos individualmente persiguen.

Por lo que se refiere al segundo de estos elementos, el objeto, nos remitimos a lo señalado anteriormente, al concretar el concepto de contratación informática. Así recordemos que es precisamente la peculiaridad del objeto (bienes y servicios informáticos) lo que va a calificar la propia naturaleza contractual. Si bien, hemos de poner de manifiesto la gran variedad de bienes y servicios informáticos que existen y que a su vez, darán su tinte particularizado a cada negocio en concreto, debiéndose siempre respetar las exigencias que los arts. 1.271 a 1.273 del Código Civil, determinan en cuanto al objeto.

Merece especial mención el hecho de que en la negociación informática, la determinación del objeto puede alcanzar cotas de dificultad mayores que en la contratación ordinaria, lo que lleva consigo la necesidad de un exquisito examen de esta determinación para evitar posteriores problemas por el incumplimiento.

Respecto al último de los elementos del contrato, el consentimiento, evidentemente las partes, tras haber determinado el objeto cierto del contrato, tendrán que alcanzar la coordinación de sus voluntades. De esta forma, partiendo de posiciones contrapuestas, llegará un momento en que tanto la oferta como la aceptación coincidan puntualmente, momento éste en que se entenderá perfeccionado el contrato.

La falsedad en la negociación, mala fe, u ocultación de ciertas características, tanto en la parte demandante, como en la parte oferente, provocarán o la inexistencia del contrato o su nulidad o anulabilidad, por la aparición de los vicios en el consentimiento, o la ausencia total de éste²⁷.

■ 26 Siguiendo a CASTAN, podemos distinguir, por lo que se refiere a las teorías de la causa, las siguientes: Teoría Moderna Objetivista de la Causa de los Negocios Jurídicos, Teoría Objetivista de la Causa, como elemento propio de los negocios de atribución patrimonial, Teoría Subjetivista de la Causa, Teorías Anticausalistas y Teorías Sincréticas.

■ 27 Son de aplicación indudablemente los arts. 1.265 y ss. del Código Civil, respecto a los vicios del consentimiento.

Recordemos aquí que para que el contrato sea válido, tal como señala LAMBERTERIE²⁸, es necesario que los contratantes tengan capacidad, se de una causa lícita y un consentimiento fruto de la voluntad nítida y libre, siendo de destacar las características que en este tipo de contratación adquieren los vicios del error y dolo, por las peculiaridades técnicas de la materia, y la distinta preparación que por regla general se da entre los contratantes.

Este acuerdo de voluntades deberá así recaer sobre el objeto (como ya hemos señalado) y la consiguiente retribución, estableciéndose el momento, forma y circunstancias del pago.

No queremos terminar este apartado, sin hacer una brevísima referencia a la forma de los contratos informáticos. Si bien es cierto que nuestro Código Civil admite cualquier tipo de forma en la contratación²⁹, la manera más habitual de perfeccionarse un contrato, es por escrito, y si esta afirmación se puede hacer en cualquier tipo de contratación, con mayor fuerza la hacemos en la que ahora nos ocupa, por las razones tantas veces repetidas de complicación técnica, diversidad de conocimientos, rápida evolución de la materia... que hace que no se pueda dejar nada al azar.

Como ya hemos estudiado, en la contratación informática es habitual la presencia de los contratos-tipo, en los que una de las partes redacta el contrato, y la otra se limita a aceptarlo, sin que haya fase de negociación, llegando en ocasiones a aparecer cláusulas abusivas, inaplicables en nuestro ordenamiento jurídico, por haber sido simplemente traducidas de forma literal, de contratos propios de otros ordenamientos jurídicos. Pero cuanto más se complica el objeto del contrato más necesaria se hace una fase precontractual dilatada, si no en el tiempo, si cuando menos en su intensidad, en la que las partes pongan de manifiesto sus necesidades y posibilidades hasta alcanzar un acuerdo, perfectamente detallado.

VII.- FASES DE LA CONTRATACION

Las fases de la contratación son, o pueden ser, las siguientes:

1) Periodo precontractual o de negociación.

■ 28 ISABELLE DE LAMBERTERIE.- Obra ya citada.

■ 29 Art. 1.278 del Código Civil.- "Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez".

2) Acuerdo de voluntades o perfeccionamiento del contrato.

3) Ejecución o cumplimiento de lo acordado.

Ya hemos adelantado que cuando la contratación informática recae sobre algo más que la sencilla compra de un ordenador personal o un diskette en una tienda especializada, requiere una importante fase precontractual en la que las partes pongan de manifiesto su intención de contratar, la finalidad perseguida, etc....

Esta fase precontractual adquiere una importante significación en este tipo de contratos, porque, en ocasiones, el llamado usuario, se presenta a la misma sin tener claras sus verdaderas necesidades, o si se prefiere, sin poder determinar de una forma clara y precisa, qué soluciones pretende para esas necesidades. La fase precontractual llega a ser calificada de "básica" por ISABEL HERNANDO³⁰.

En este periodo contractual, el suministrador o proveedor, deberá estudiar las necesidades o intenciones contractuales que el usuario ha puesto de manifiesto, gozando de la imprescindible colaboración de éste último. El proveedor tiene la obligación de asesorar y aconsejar al usuario, siendo nefastas las consecuencias para una y otra parte de escatimar esfuerzos y mantener actitudes suspicaces durante estas conversaciones.

Es conveniente que el usuario se asesore por técnicos ajenos al suministrador, si bien los límites de la obligación del primero respecto al análisis de sus necesidades se encuentran en el deber de consejo y asesoramiento del proveedor³¹.

Insistimos con SALVADOR DARIO VERGEL³² que el proveedor, no sólo ha de dar una información objetiva al usuario, poniéndole en guardia en cuanto a los riesgos, sino que debe aconsejarle, dada su superioridad técnica.

SAVATIERE³³ nos habla de una simple advertencia, información y consejo. Si bien LAMBERTERIE se limita a la exigencia de una información técnica, información que debe tener un carácter positivo y negativo.

■ 30 ISABEL HERNANDO.- Obra ya citada.

■ 31 ISABELLE DE LAMBERTERIE.- Obra ya citada.

■ 32 SALVADOR DARIO VERGEL.- Obra ya citada.

■ 33 R. SAVATIERE.- "Les contrats de conseil professionnel en droit privé", en DALLOZ 1.970 Chron.

Todas estas obligaciones y necesidades se verán modificadas y atemperadas, a tenor de la preparación técnica y comercial de ambas partes, teniendo en cuenta, con todo, las responsabilidades que uno u otro podrán tener en el supuesto de una defectuosa coordinación de esfuerzos.

Es lógico pensar que, pese a lo establecido en nuestro Código Civil, en el art. 1.282³⁴, lo tratado en esta primera fase contractual será fundamental a la hora de interpretar los contratos, debiendo tenerse muy en cuenta el tenor literal del art. 1.288 del Código Civil respecto a las cláusulas oscuras³⁵.

Por último, hemos de señalar como hace ISABEL HERNANDO³⁶ que todos los estudios y conversaciones pueden no llegar a finalidad alguna, por causa de una actitud malintencionada y abusiva de una de las partes, pudiéndonos encontrar ante la llamada "ruptura abusiva de los tratos preliminares".

Al no estar regulada esta materia de forma expresa, podemos acudir a una doble solución. Si existen contratos de estudio y asesoría, las consecuencias de la ruptura deberán haber sido establecidas en los mismos. Si no es así, no tenemos más remedio que acudir al art. 1.902 del Cc, para la depuración de responsabilidades. Pero todo jurista es consciente que si bien se podría obtener una indemnización de daños y perjuicios, mucho más difícil será conseguir el resarcimiento por lucro cesante, que puede alcanzar en estos tipos contractuales, unas cotas importantísimas.

Una vez finalizada la fase precontractual, se llega a la que podríamos llamar de perfeccionamiento del contrato, en la que se redacta este y se procede a su suscripción por las partes.

Los contratos que en un primer momento no fueron más que un calco de los ya desarrollados por los países anglosajones, van adquiriendo en la actualidad, una forma más acorde y adecuada, con nuestro ordenamiento jurídico. En ellos, como señala BIGELOW³⁷ es muy importante que se determine de forma clara y precisa, qué se va a hacer, dónde se va a hacer, cuándo se va a hacer, cómo se va a hacer y quien lo va a hacer.

- 34 Art. 1.282 del Cc.- "Para juzgar de la intención de los contratantes deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato".
- 35 Art. 1.288 del Cc.- "la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato, no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad".
- 36 ISABEL HERNANDO.- Obra ya citada.
- 37 ROBERT P. BIGELOW.- "Understanding computer system contracts". Data Center Operations Managements. Auerdach Publisher 1.991. WARREN GORHAM & LAMONT.

Evidentemente, como en todo tipo de contratos, nunca se debe dejar al arbitrio de uno de los contratantes, la realización del acuerdo contractual (art. 1.256 Cc), si bien, dadas las particulares características de la Informática, no siempre se puede asegurar un determinado resultado, pero en la redacción del contrato, deberá quedar perfectamente detallada, la forma de actuar de cada una de las partes, fijando a su vez, las responsabilidades de un incorrecto proceder.

Es también necesario fijar el precio, y su forma de hacerlo efectivo, siendo esta concreción y sus modalidades, cambiantes según la prestación objeto del contrato.

Una vez suscrito el contrato, comienza la fase de ejecución o cumplimiento, en la que se harán las entregas, comenzarán a prestarse los servicios..., o en otras palabras, se empezará a cumplir lo acordado en el contrato firmado. Evidentemente, como en los demás contratos que no sean informáticos, el cumplimiento ha de ajustarse estrictamente a lo acordado, que deberá, como ya hemos señalado, estar perfectamente detallado. Deberán respetarse los plazos de entrega, los plazos de asistencia, el pago del precio, las responsabilidades por vicios... Alcanza la responsabilidad de uno y otro los límites que nuestro Código Civil y Leyes Complementarias establecen, no debiéndose aceptar la exoneración de la responsabilidad sobre la base de una autonomía de la voluntad en los casos de actuación dolosa o con culpa lata.

No es este el momento de un desarrollo pormenorizado de cada uno de los puntos relevantes en cuanto a cumplimiento, incumplimiento y responsabilidades de los contratantes, pero basten estas breves pinceladas, para tener una visión global de la obligación de realizar la prestación convenida y de las responsabilidades de que esta finalidad no pueda ser alcanzada.

No queremos, sin embargo, terminar este estudio, sin volver a reiterar que unas y otras características se verán modificadas por el objeto determinado de cada contrato, adquiriendo intensidades y modalidades diferentes, ya se trate de un contrato de outsourcing, compraventa, contrato llave en mano, de licencia de uso, de mantenimiento, contrato de escrow, de auditoría informática...

Las notas reseñadas son más características de los contratos de cierta entidad, dado que a nadie se le escapa que si alguien quiere comprar un ordenador personal, no necesitará una fase precontractual desarrollada; el consejo que recibirá será muy limitado, y el contrato se redactará en el mejor de los casos, como un contrato-tipo.

VIII.- CONCLUSIONES

Somos conscientes de que esta breve introducción a la nueva problemática que plantea la contratación informática, debe ser completada con un estudio pormenorizado de los distintos tipos de contratos, dado que sus características y necesidades particularizarán las soluciones y actitudes que contratantes y asesores, tanto jurídicos como informáticos, deben tomar.

La presente comunicación, tan sólo ha pretendido mostrar el nuevo mundo que se abre en la contratación, destacando sus notas más características y las necesidades más acuciantes, señalando peligros y soluciones que deben siempre tenerse presentes.

Si aún así el complicado mundo contractual que hemos tratado, provoca el enfrentamiento entre ambas partes, se deberá acudir a los Tribunales de Justicia, con los planteamientos expuestos; planteamientos y presupuestos que deberán estar presentes en el momento inicial de la contratación. No obstante, en la actualidad, la tendencia mayoritaria es acudir a soluciones arbitrales que puedan tratar este tipo de contratos desde una perspectiva más cercana a su realidad, tanto por la materia, como por la rapidez en sus decisiones.

