

ALGUNAS CONSIDERACIONES JURÍDICAS SOBRE LA CONTRATACIÓN Y LAS TECNOLOGÍAS DE INFORMACIÓN

Rodolfo Herrera Bravo

*Abogado, División Jurídica de la Contraloría General de la República
Master en Derecho Informático, Universidad Complutense de Madrid*

La presente exposición tiene una limitante previa que quisiera hacer presente. Cada vez que se analiza la regulación jurídica de las tecnologías de información es necesario delimitar la profundidad del estudio, porque es un fenómeno multidisciplinario que no se agota únicamente desde la óptica civil o comercial, sino que tiene implicancias administrativas, procesales, tributarias o penales, entre otras. Además, dichas investigaciones deben estar conscientes que el objeto regulado opera transfronterizadamente, sobre todo ahora que la globalización de los negocios y las comunicaciones es una realidad y que Internet se constituye en una vía muy popular a través de la cual fluye la información digitalizada en todo el mundo.

En tales circunstancias, acotaré la exposición al derecho interno y a los aspectos civiles de la contratación informática.

NOCIONES GENERALES

Hoy en día nos resulta evidente la diferencia de la sociedad actual respecto de la que existía hace 50, 40 o incluso 30 años atrás.

Parte de ese cambio social ha sido provocado por la revolución tecnológica y por un nuevo paradigma que presenta a un usuario conectado a redes digitales de información.

No obstante, esta sociedad -que algunos denominan sociedad de la información o del conocimiento, o sociedad informatizada-, al estar formada por personas, requiere contar con normas jurídicas que la reflejen apropiadamente y la regulen, facilitando una convivencia normal y ordenada.

Esas normas jurídicas pueden adoptar distintas formas, con procedimientos de formación variados y alcances diversos. Una de estas formas es la ley, la cual proviene de un Poder del Estado -el Legislativo-, es de carácter general y abstracto, permanente y obligatoria. Es decir, no regula casos concretos, puntuales, sino que fija una hipótesis amplia dentro de la cual pueden encuadrarse múltiples situaciones particulares semejantes; obliga a todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros que se encuentren en Chile; y rige mientras no sea derogada en virtud de otra ley.

Pero además de la ley, existen otras fuentes formales que recogen las normas jurídicas. Así, en lo que interesa, debemos ocuparnos de los contratos, esos acuerdos generadores de derechos y obligaciones a que llegan las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado. Los contratos, a diferencia de la ley, no otorgan regulaciones generales y abstractas, sino muy precisas y referidas a casos puntuales; son celebrados y definidos libremente por los contratantes; tienen la duración que en ellos se indique; y obligan únicamente a las partes.

Ahora bien, la ley y el contrato guardan una estrecha relación, toda vez que las partes pueden celebrar libremente convenios gracias al principio de autonomía de la voluntad que inspira la

actividad de los particulares, el cual reconoce como límites únicamente a las buenas costumbres, el orden público y la ley.

La ley, por su parte, ha señalado las normas generales bajo las cuales las partes pueden celebrar sus contratos, indicando, por ejemplo, los elementos esenciales a que deben hacer mención algunos de ellos, y los principales derechos y obligaciones que generan. Además, actúa supletoriamente en caso que las partes no se pronuncien respecto a algún tópico, es decir, si las partes nada dicen sobre un punto, el vacío lo cubre la regulación general dada por la ley.

En definitiva, como los individuos son libres para regular sus relaciones jurídicas sin la intervención del legislador, sin otra limitación que el no ir contra la ley imperativa o prohibitiva, el orden público y las buenas costumbres, es perfectamente posible la existencia de contratos relacionados con las tecnologías de información.

DIFERENCIA ENTRE CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA E INFORMÁTICA

Ahora bien, siguiendo al autor español, Miguel Ángel Davara Rodríguez, no debemos confundir la contratación de bienes o servicios informáticos con la contratación a través de medios electrónicos.

Hay autores, como Salvador Darío Bergel o Valentín Carrascosa López, que sostienen que el término "contratación informática" se presenta en una doble acepción: en un sentido amplio incluiría tanto la contratación sobre bienes y/o servicios informáticos, como la realizada a través de estos medios; y en un sentido estricto, se limitaría al primero de estos grupos de contratos.

Por lo tanto, distinguiremos entre contratación electrónica y contratación informática.

LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

Siguiendo al profesor Davara, la contratación electrónica es "aquella que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico cuando este tiene, o puede tener, una incidencia real y directa sobre la formación de la voluntad o el desarrollo o interpretación futura del acuerdo".

Dentro de los distintos temas que se pueden analizar en materia de contratación electrónica, mencionaré únicamente dos: la capacidad de las partes que celebran estos contratos y algunas nociones sobre comercio electrónico.

1.- Capacidad de las partes en la contratación electrónica

La validez de un contrato depende en su origen, del cumplimiento de ciertos requisitos que menciona la ley: una voluntad exenta de vicios, un objeto y una causa lícitas, y capacidad de los contratantes.

En efecto, la capacidad es un requisito legal de validez de todo contrato, sin el cual el acto adolece de un vicio sancionado con nulidad. De ahí su importancia, para asegurar las operaciones electrónicas.

Sin embargo, la actual forma de comunicarse a través de Internet, por ejemplo, no permite tener certeza sobre el sexo de la otra persona, ni mucho menos su edad, por lo tanto, un vendedor o un proveedor de servicios telemáticos no pueden quedar seguros de que el usuario que se comunica con ellos es mayor de edad y capaz de contratar, es decir, capaz de ejercitar los derechos civiles y hacerlos valer por sí mismos.

El Código Civil consagra la capacidad como regla general, al disponer que "toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces".

Esto implica que quien alegue que un contratante es incapaz debe probarlo, situación que se ve dificultada en los contratos electrónicos debido a que no es posible percibir aspectos físicos como la voz o la estatura.

Por ello, lo normal es que antes del momento de la contratación electrónica se lleven a cabo actos de comprobación de esta capacidad, con preacuerdos.

Sobre el particular, llama especialmente la atención el problema de la celebración de contratos en Internet por menores de edad. Olivier Hance plantea una hipótesis en que un menor se suscriba a un servicio de pornografía o a un servicio de información de compraventa de valores utilizando la tarjeta de crédito de sus padres. El autor se pregunta, ¿significa esto que el contrato será inevitablemente nulo e inválido y no se le pagará al proveedor de servicio?

Responde que en el derecho comparado, en principio, los padres no quedan obligados por este tipo de contratos. Sin embargo, en Francia se ha señalado que los padres quedan obligados por el acto jurídico en virtud de la llamada "teoría de la apariencia", porque el menor da la apariencia de ser adulto al encontrarse en posesión de una tarjeta de crédito que normalmente está en manos de personas capaces.

En Chile, estaríamos en presencia del llamado "dolo de un incapaz para inducir a contratar" y, cuyo efecto es privarle de la acción de nulidad. En efecto, el Código Civil dispone que si de parte del incapaz ha habido dolo -es decir una maquinación fraudulenta para inducir al acto o contrato-, ni él ni sus herederos o cesionarios podrán alegar nulidad. A contrario sensu, en el ejemplo recién citado, el contrato suscrito en línea obliga al titular de la tarjeta de crédito a pagar lo convenido por el menor.

2.- El comercio electrónico y su vinculación con la contratación electrónica

Este tema tiene una importante vinculación con la contratación electrónica, ya que a través de ésta se ejerce el comercio electrónico.

Los autores distinguen entre comercio electrónico en sentido amplio y sentido estricto. En sentido amplio, el comercio electrónico está constituido por todo intercambio de datos por medios electrónicos, esté o no relacionado con la actividad comercial. En cambio, el comercio electrónico en sentido estricto se refiere a aquellas transacciones del ámbito comercial que se desarrollan a través de las nuevas tecnologías de información, donde se incluye la compraventa de bienes o servicios, los acuerdos preliminares y todas las actividades posteriores a la celebración del contrato respectivo.

Además, el comercio electrónico en sentido estricto está compuesto principalmente por dos tipos de actividad: el pedido electrónico de bienes materiales que se entregan a través de servicios de mensajería (conocido como comercio electrónico indirecto); y el pedido, pago y la entrega en línea de bienes y servicios intangibles (denominado comercio electrónico directo).

En Chile, el comercio electrónico está en una fase inicial muy tímida, casi inexistente, a causa de factores tales como la ausencia de una masa de usuarios, la baja calidad y el costo de los servicios de conexión a las redes y la falta de un marco legal que proteja adecuadamente a los actores económicos.

Solo con el afán de mencionarlos, los principales aspectos que deben ser abordados por la legislación están:

- 1.- la privacidad, aspecto regulado por la ley 19.628, sobre Protección de la Vida Privada
- 2.- la seguridad de información, frente al riesgo de que terceros no autorizados puedan acceder a informaciones confidenciales, o alteren su contenido, sin conocimiento del emisor y/o receptor del mensaje transmitido. Ello se tiende a resolver con la técnica de la criptografía y con la tipificación de figuras penales relativas a la informática.
- 3.- el valor probatorio de los contratos electrónicos, contenido en la ley 19.799, sobre documentos y firmas electrónicas. Como las partes no están en contacto presencial, es difícil determinar el momento en que se forma el consentimiento y nace el contrato. Si a ello se agrega una transacción internacional, el problema es mayor si las legislaciones nacionales de los países involucrados no son uniformes. Finalmente, como el medio probatorio por excelencia es el instrumento escrito, en la contratación electrónica resulta imprescindible un reconocimiento legal al documento electrónico y una homologación de la firma digital con la ológrafa o manuscrita.
- 4.- los aspectos tributarios, sobre todo cuando se comercializan bienes intangibles o servicios, caso en el cual emergen dilemas tales como la territorialidad del impuesto; la determinación de dónde se encuentra el que presta el servicio y dónde el bien que se está comercializando.
- 5.- la propiedad intelectual, hay nuevas temáticas como el derecho aplicable a las transmisiones digitales, el surgimiento de nuevas categorías de obras, nuevas formas de infracción de los derechos de autor, y la insuficiencia de algunos derechos frente a las obras digitales.

En fin, este tema da para una conferencia aparte, y ahora sólo quise esbozarlo.

LA CONTRATACIÓN INFORMÁTICA

Con el comienzo de la comercialización de los bienes informáticos (tanto del software como del hardware) fue necesario abordar no sólo el tema de su protección jurídica, sino también la forma de llevar a cabo dicha contratación. Sin embargo, no ha sido suficiente la presencia de los contratos clásicos, porque ahora se incorporan nuevos elementos a considerar que generan dificultades para su redacción e interpretación.

No obstante, hay autores que estiman que los contratos informáticos, como tales, con una tipicidad única y propia, no existen, no constituyen una figura jurídica especial, dado el hecho de que en los contratos para la adquisición o uso de algún bien o servicio informático se aplica el derecho privado normal. Entonces, lo que motiva y justifica señalar a los contratos informáticos como un fenómeno

jurídico especial es, en términos generales, la complejidad de los problemas que tales contratos suelen presentar.

Ahora bien, lo anterior no significa que la transacción de bienes y servicios informáticos se realiza siempre a través de figuras contractuales nominadas, es decir, reguladas por el legislador.

Cuando los contratos informáticos están constituidos por varias prestaciones, donde se incluya la adquisición de elementos informáticos, la capacitación del personal de la empresa usuaria, la mantención preventiva y correctiva de los equipos, y la actualización del software, por ejemplo, se complica la tarea de tratar de encuadrar estos contratos en figuras nominadas.

Para Salvador Bergel, la utilización de un computador requiere como condición esencial el mantenimiento del sistema y la asistencia técnica para satisfacer las exigencias del usuario. Igualmente, en materia de software, la asistencia implica también actualización y modificaciones de los programas. Son estas particularidades las que lo llevan a considerar a los contratos informáticos como contratos mixtos.

Con respecto a la regulación de estos contratos mixtos, ese autor plantea que la normativa aplicable no será la de un sistema típico único, correspondiente a la prestación preponderante, ya sea cuantitativa o económicamente, sino la suma de tantas disciplinas específicas según el número de las diversas prestaciones que forman el contenido global del acuerdo. Por lo tanto, en caso de controversia, deberán ser aplicadas las normas de la compraventa para las cuestiones referidas a los bienes adquiridos, la de las licencias para los programas, las de arrendamiento de servicios, entre otras. En síntesis, si las partes han hecho referencia explícita o implícita a un tipo de contrato, se aplica, en lo pertinente, su regulación. Si por el contrario, han empleado formas contractuales no identificadas claramente se aplicarán los principios doctrinarios y jurisprudenciales propios de los contratos atípicos.

Por último, mi colega y amigo Humberto Carrasco Blanc cree que los contratos informáticos de la envergadura que he señalado y que la doctrina mayoritaria encuadra dentro de la categoría de los contratos complejos o contratos mixtos, constituyen una operación, es decir, un conjunto de actos o contratos, una serie de actuaciones que pretenden satisfacer diversas necesidades, pero que constituyen una realidad inseparable y unitaria.

Al considerarlos como una operación, el consentimiento recae sobre toda ella. Entonces, la nulidad o el incumplimiento de una parte afecta el todo; los objetos ya que no se consideran en forma individual, sino que es único y general y está configurado por dos o más prestaciones; y la causa o motivo que induce al acto o contrato, también es una sola, constituida por todas las obligaciones recíprocas provenientes de la operación y aquellas de cada acto en particular.

Es por esta especial naturaleza que no podemos encuadrar este conjunto de actos dentro de las clasificaciones tradicionales de los contratos. Por lo tanto, a falta de estipulaciones de las partes, se les aplicarán las reglas generales de los contratos y a su vez las normas de las figuras nominadas que sean más afines.

1.- Contenido de los contratos informáticos

Normalmente entre las cláusulas que llevan estos contratos se distinguen elementos tales como:

- 1) la estipulación del objeto, es decir, el conjunto de derechos y obligaciones sobre bienes o servicios informáticos que crea el contrato para las partes;
- 2) la duración del contrato y sus causales de término;
- 3) el precio a pagar;
- 4) la facturación y el pago;
- 5) las cláusulas relativas al control, supervisión y acceso, que se refieren a la responsabilidad del usuario para que las actividades informáticas se den en las condiciones más favorables sin injerencias internas o externas inadecuadas;
- 6) las disposiciones sobre asistencia y formación, que pretenden evitar eventuales negligencias e impropiedades cometidas por parte de usuarios carentes de conocimientos técnicos suficientes. Si bien existen contratos específicos de asistencia técnica al usuario, hay algunos que incorporan cláusulas especiales sobre este punto;
- 7) las cláusulas que tratan sobre la propiedad de los programas y los derechos que corresponden a las partes sobre ellos;
- 8) la protección material de la información;
- 9) las cláusulas sobre secreto y confidencialidad, que buscan dar un carácter reservado a la información del cliente por parte del proveedor, y otorgar acciones ante eventuales divulgaciones a terceros;
- 10) las cláusulas sobre responsabilidad y garantías, que se refieren a aquellas obligaciones que genera el incumplimiento del contrato y a las pactadas para asegurar el goce de un bien o servicio informático, protegiendo contra eventuales daños;
- 11) las disposiciones generales, tales como la preeminencia del contrato sobre otros documentos, los vicios del consentimiento o la necesidad de preámbulos o de anexos que precisen o aclaren los términos técnicos, entre otras; y
- 12) las cláusulas diversas, que según el profesor mexicano Julio Téllez Valdés “son aquellas que se refieren a un concepto en especial y que las partes convienen en insertarlas para una mejor relación contractual. Muchas de ellas son limitativas si no es que excluyen de responsabilidad a los proveedores, por lo que éstos tienen especial cuidado en incluirlas en este tipo de contratos, para favorecer de esta manera a sus intereses”. Por ejemplo, existe la cláusula de no solicitud de personal, en virtud de la cual el usuario se compromete a no contratar al personal del proveedor para que trabaje con él, o la cláusula de restricción de acceso al equipo que se establece en los contratos de mantenimiento, por la cual caduca la garantía si el usuario o un tercero interviene sobre el equipo.

2.- Problemática fundamental de la contratación informática: el desequilibrio entre las partes

Como generalmente el proveedor cuenta con un mayor y mejor conocimiento de los elementos técnicos que se consideran a la hora de contratar sobre bienes o servicios informáticos, se genera para el usuario una situación desfavorable al ver limitada su libertad contractual, motivada muchas veces por la necesidad apremiante de informatizar sus actividades y que lo lleva a aceptar las cláusulas impuestas por el proveedor, bajo la forma de contratos de adhesión preimpresos, es decir, contratos que se caracterizan porque la oferta la hace una de las partes conteniendo todas las estipulaciones del mismo, sobre las cuales no acepta discusión ni regateo alguno; la contraparte o acepta el contrato tal como se le ofrece o se abstiene de contratar; no existe otra alternativa. Este desequilibrio entre las partes puede llevar incluso a prácticas abusivas en las que el proveedor sea quien cree las necesidades del usuario o le ofrezca bienes o servicios que no correspondan a lo requerido.

Por ello, cobra especial importancia el principio de la buena fe en este tipo de contratos, ya que de él emanan ciertos deberes que tienen que cumplir u observar las partes y que constituyen deberes generales de conducta. Estos son: el deber de informar y el de informarse.

El deber de informar consiste en comunicar a la contraparte los pormenores que tengan importancia o influencia en la futura contratación.

Por su parte, el deber de informarse es la contrapartida del anterior, e implica actuar con la debida diligencia recogiendo los antecedentes necesarios para celebrar el futuro contrato en las mejores condiciones.

En esa línea, una forma de morigerar este desequilibrio está en la obligación del usuario tanto de adquirir conocimientos elementales de informática como de buscar apoyo en la opinión de expertos. Ello, junto con cláusulas redactadas con precisión jurídica y técnica, facilitará la interpretación y aplicación de los contratos informáticos.

Como mencioné, este desequilibrio y falta de igualdad económica entre las partes, unido a la limitación de la libertad contractual del usuario, se refleja frecuentemente bajo la modalidad de contratos de adhesión. Sin embargo, la contratación por adhesión es lícita, por regla general, aunque hace posible la existencia de abusos de parte de quien detenta la influencia dominante. Se ha sostenido, en tal sentido, que ciertos contratos de adhesión tienen un carácter casi ilícito cuando los compromisos contractuales de un proveedor no pueden ser discutidos y modificados por sus clientes, si en ellos se estipulan cláusulas abusivas, especialmente cuando el proveedor se aprovecha de su posición dominante para liberarse de responsabilidad o limitar sus consecuencias, para atenuar sus obligaciones o facilitar la ejecución de éstas a costa de la contraparte, para tornar más gravosas las obligaciones del usuario o establecer plazos extremadamente exigentes y, en definitiva, para lograr ventajas en su favor y desventajas en las prestaciones del cliente.

Cabe tener presente que respecto de la limitación de responsabilidad, ésta debe ser entendida en sentido amplio, por lo que comprendería casos como la inversión del peso de la prueba poniéndola de cargo del acreedor, el ofrecimiento de fianzas parciales en que se limita el patrimonio del garante

con que se responde, o la limitación de plazos de caducidad de derechos y de acciones para exigir la responsabilidad.

Hay que mencionar que las cláusulas limitativas de la responsabilidad que genera el incumplimiento intencional del contrato están prohibidas, porque adolecen de objeto ilícito. Sin embargo, muchos contratos incluyen cláusulas que limitan la responsabilidad para los casos de incumplimiento culposo, aunque sus retractores argumentan que con ello se pierde seriedad en la relación jurídica, al permitir al obligado una excusa para sus incumplimientos ocasionados por conductas descuidadas o negligentes.

En Chile, la Ley n°19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores establece normas de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento de los contratos de adhesión, indicando en su artículo 16 una serie de situaciones taxativas en las cuales no producirán efecto alguno dichas cláusulas abusivas. A saber:

- las cláusulas que otorgan a una de las partes la facultad de dejar sin efecto o modificar a su solo arbitrio el contrato o de suspender unilateralmente su ejecución, salvo cuando ella se conceda al comprador en las modalidades de venta a domicilio o por correo, entre otras;
- las que establezcan incrementos de precio por servicios, accesorios, financiamiento o recargos, salvo que dichos incrementos correspondan a prestaciones adicionales que sean susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso y estén consignadas por separado en forma específica;
- las que pongan de cargo del consumidor los efectos de deficiencias, omisiones o errores administrativos, cuando ellos no le sean imputables;
- las que inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;
- las que contengan limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor que puedan privar a éste de su derecho a resarcimiento frente a deficiencias que afecten la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio, y
- las que incluyan espacios en blanco, que no hayan sido llenados o inutilizados antes de que se suscriba el contrato.

A ello se agrega lo dispuesto en el artículo 17, según el cual los contratos de adhesión relativos a las actividades regidas por dicha ley deberán estar escritos de modo legible y en idioma castellano, salvo aquellas palabras de otro idioma que el uso haya incorporado al léxico. Las cláusulas que no cumplan con dichos requisitos no producirán efecto alguno respecto del consumidor, salvo que éste lo acepte expresamente, mediante su firma en un documento escrito en idioma castellano anexo al contrato, y quede en su poder un ejemplar del contrato en castellano, al que se estará, en caso de dudas, para todos los efectos legales.

Por lo tanto, en los contratos informáticos es posible encontrar latente la necesidad de proteger al sujeto económicamente más débil de la relación jurídica en materias tan importantes como las garantías, las responsabilidades y las indemnizaciones de daños y perjuicios.