Responsabilidad civil derivada de la Informática

SALVADOR DARÍO BERGEL

Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Prof. Titular de Derecho Mercantil y Derecho Económico de la Univ. Nac. de Buenos Aires. Presidente de la Asoc. Argentina de Derecho Económico. Director del Instituto de Derecho Industrial del Colegio Público de Abogados de Buenos Aires.

(ARGENTINA)

1) INTRODUCCION

El tratamiento particular de los daños generados por la actividad informática se explica en cuanto los problemas que genera tienen matices diferenciales que apuntan a la complejidad propia de la materia, a los particulares vínculos que se establecen entre las partes, al diverso grado de formación técnica de los sujetos que contratan, a la diversa posición económica de los mismos que frecuentemente se traduce en abuso de posición dominante, a la relevancia que adquiere el período pre-contractual, a las particularidades de la conformidad por entrega, con incidencia en materia de vicios redhibitorios, a los riesgos que implica el manejo de banco de datos, etc.

2) LA INFORMATICA COMO ACTIVIDAD RIESGOSA Y LA RES-PONSABILIDAD OBJETIVA DERIVADA DE SU GESTION

En todo quehacer humano se puede hallar un grado más o menos elevado de peligrosidad, sea para quien lo efectúa, sea para terceros ajenos.

Las normas que sancionan la responsabilidad por actividad riesgosa no contemplan la peligrosidad como elemento raramente accidental, sino a conductas características de la actividad desarrollada.

En este sentido, la doctrina prevalente en Italia distingue entre «peligrosidad de la conducta» y «peligrosidad de la actividad considerada en sí misma». Mientras la peligrosidad de la conducta se incluye en una categoría, en la cual domina la culpa, la actividad peligrosa se inserta en otra categoría en la cual el núcleo está determinado por el elemento objetivo de la actividad misma, que es peligrosa en sí o por la naturaleza de los medios que adopta.

El concepto de actividad peligrosa es por su naturaleza un concepto relativo y depende del estado de avance de la ciencia y de la técnica en un sector determinado lo que lleva a calificar de peligrosa a actividades que antes no lo eran, o, viceversa.

En este contexto ¿podemos calificar a la informática como actividad peligrosa?.

La multiplicidad de campos a los cuales se aplica, la necesaria automaticidad de los procesos en que interviene, la natural aptitud de generar daños de toda índole (contractuales, extracontractuales, a bienes, a personas, etc.) convierte a esa actividad en potencialmente peligrosa. El tema no ha dejado de preocupar a la doctrina italiana que encuentra en el art. 2050 del C. Civil una base muy importante para el tratamiento de la responsabilidad civil derivada de actividades peligrosas.

Busnelli, refiriéndose a la actividad vinculada con el software, hace referencia a la citada norma. Es verdad –señala– que la jurisprudencia es bastante cauta en la aplicación de dicha norma, aún cuando ya es principio pacífico que actividades peligrosas no son sólo aquellas previstas como tales en el texto ordenado de leyes de seguridad pública o en otras leyes especiales. Existen actividades que si bien no presentan como característica típica el requisito de peligrosidad, pueden volverse peligrosas si se las desarrolla de cierto modo, mientras que no lo son cuando se las ejerce en forma o modo distinto. Y éste, remarca el autor, podría ser precisamente el caso de las actividades conectadas con la realización de un programa, las cuales en abstracto no son peligrosas pero podrían convertirse en tales en concreto con relación a la específica operación a las que se las refiera. (2)

Alpa pareciera no comulgar con tales ideas, indicando que parece difícil considerar como peligrosa a la computadora; en todo caso, puede ser peligrosa la actividad que valiéndose de la computadora tiene, no obstante, efecto

⁽¹⁾ Franzoni, M. «Colpa presunta e responsabilitá del debitore», Cedan, Padova 1988,

⁽²⁾ BUSNELLI, F.D. «Introducción en Computers e responsabilitá civile», a cura di G. Alpa, Giuffre, 1986.

de creación de riesgo y que tendría la misma intensidad y medida aún si fuere confiada a la acción mecánica. (3)

Con relación específica a la responsabilidad civil derivada de la gestión de bancos de datos, Ferri, Giaccobbe y Taddei, se inclinan por considerarla actividad peligrosa, sujeta a la normativa del artículo 2050 del C. Civil. (4)

Tal vez una consideración genérica de la actividad informática peque del vicio generado por su propia amplitud; dado que en dicha actividad puede provocar daños a terceros –recordemos que nos hallamos en el campo de la responsabilidad extracontractual— por fallas atribuídas al hardware, al software, a la gestión de bancos de datos, etc.

Las situaciones que pueden presentarse son de distinta magnitud, y ello, naturalmente, puede llevar a soluciones distintas.

En materia de bancos de datos pareciera que no existen disidencias en doctrina sobre la ubicación de tal actividad en la órbita de las actividades peligrosas.

En cambio podrían plantearse en lo tocante al hardware y al software.

La producción de software para el desarrollo de actividades que pueden generar peligros (v.g. tráfico aéreo, vial, instalaciones eléctricas o nucleares, procesos industriales, etc.) debe ser considerada actividad peligrosa. Si bien es cierto que al software se lo destina a una actividad peligrosa per-se –tal como lo observa Alpa– no es menos cierto que el medio empleado genera un riesgo adicional.

Como conclusión, entendemos que corresponderá al intérprete, en cada caso, conforme a las particularidades que ofrezca, considerar o no la inclusión de la actividad informática en la categoría de actividades peligrosas a los fines del manejo del régimen probatorio.

3) RESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR DE EQUIPOS O SISTE-MAS INFORMATICOS

En esta materia debemos diferenciar la responsabilidad contractual que contrae el fabricante-proveedor ante el usuario, de la responsabilidad que contrae ante terceros por daños causados por defectos o vicios del sistema; (de carácter extracontractual).

Nos detendremos al análisis de la primera en la cual caben señalarse dos temas básicos: el deber de obligación y consejo, a cargo del proveedor y la garantía por vicios ocultos.

(4) FERRI, E., GIACCOBBE, G. y TADDEI, E. «Informática e ordinamento giuridico», Giuffre, 1988, pág. 165.

⁽³⁾ ALPA, G.: «Responsabilitá extracontrattuale ed elaboratori elettronici», en I contratti di informatica, a cura di G. Alpa y Z. Zencovich, Giuffre, 1987, pág. 87.

El deber de información y consejo tiene una doble faz. Por una parte importa un deber de signo positivo: informar y aconsejar conforme a las pautas imperantes en la materia; pero paralelamente importa el deber de no ser reticente, de no guardar silencio sobre situaciones, detalles y aspectos que de ser conocidos por el adquirente no habrían determinado la contratación o ella se hubiera celebrado en condiciones distintas.

El proveedor debe brindar al utilizador todos los informes necesarios acerca del equipamiento contratado. En particular debe comunicar:

- a) la calidad a los bienes a que se refiere el contrato;
- b) los usos posibles del material;
- c) El rendimiento del equipo en el tiempo;
- d) la característica de la instalación;
- e) los elementos que permitan al usuario efectuar los cálculos sobre la rentabilidad del sistema adquirido, costo de adquisición, costo de mantenimiento, etc.
 - f) los eventuales riesgos de su utilización;
 - g) El impacto del sistema adquirido en la estructura de la empresa;
 - h) las necesidades complementarias de personal.

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

El proveedor del equipo no cumple con las obligaciones contractuales que le competen con la sola entrega del material. En materia informática es decisivo el aspecto funcional, aspecto que de ninguna forma se puede considerar cumplido con la puesta a disposición del adquirente de los elementos que componen el sistema.

Los denominados tests de aceptación que se deben cumplir una vez puesto el equipo en la sede del adquirente son indispensables para tener por perfeccionada la entrega. Aquí nace la obligación de garantía del proveedor.

Fuera de las garantías convencionales que pudieran ser estipuladas, existe una garantía legal de responder por los vicios redhibitorios, ya que compete al proveedor transmitir una posesión útil conforme a la finalidad requerida.

En nuestra materia, aún sin existir un defecto intrínseco, la cosa transmitida puede resultar impropia para su destino. Así, se ha señalado, que en materia informática la insuficiencia de la capacidad de memoria o la dilación del 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 solo recaudo. La causa del contrato para el adquirente es la informati-

zación de sus actividades para llegar a determinados fines que tuvo en mira, en forma implícita o explícita, al contratar.

4) RESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR DE SOFTWARE

El modo y la fase en la cual el error puede ser introducido en el programa –lo recuerda Rosello— son múltiples y en cada una de las hipótesis la inexactitud, aún mínima, puede ocasionar la quiebra de todo el sistema. (5)

En este sentido, cabe señalar que el error puede aparecer en la elaboración del algoritmo, que por constituir la base esencial del programa lo traslada a toda su secuencia, puede surgir de la traducción del programa fuente en lenguaje de máquina, o finalmente puede aparecer en la introducción del programa objeto a la máquina, para su concreta operación.

Desde otro punto de vista, el programa puede ser correcto en su concepción, más elaborado en forma negligente (v.g. carencia de un adecuado control, o de duplicación de operaciones críticas), puede ser reabastecido por el usuario con datos de entrada inexactos con inevitable error en la salida. ⁽⁶⁾

En atención a estas circunstancias, Alpa destaca que la dificultad de caracterizar el daño derivado del software no sólo se debe al hecho de que la producción del daño es de difícil apreciación fáctica, casi imperceptible, sino también al hecho de que depende de razones de sistemática conceptual, en cuanto que doctrina y jurisprudencia, no han definido aún de modo claro y uniforme la naturaleza jurídica del software.

Esta problemática, de por sí compleja, crea dificultades tanto en la atribución de responsabilidad como en cuanto a la prueba del hecho generador del daño. Hay que tomar en consideración que en el estadio actual de la técnica resulta difícil concebir un software sin errores.

Partiendo de esta realidad, se ha propuesto en la doctrina alemana la formación de standards cuantitativos mínimos en virtud de los cuales sea posible evaluar la relevancia jurídica y por lo tanto la responsabilidad del productor por las diferencias presentadas por cierto tipo de programa.

A los fines de establecer la responsabilidad del productor, un concepto fundamental es el relativo a la definición de vicio del programa. Se lo puede conceptualizar como la disfunción entre los datos que el programa está en condiciones de elaborar y los datos que son considerados válidos en el proyecto inicial. Se trata de un vicio funcional.

En principio el software elaborado a medida debe satisfacer los requisitos contractualmente estipulados. En estos límites, el fabricante contrae una

(6) ROSELLO, op. cit. pág. 98.

⁽⁵⁾ ROSELLO, C. «La responsabilitá da inadegunto funzionamento di programma per elaboratore ellettronico: aspetti e problemi dell'ésperienza nordamericana» en Computers e responsabilitá civile, a cura di G. Alpa, Giuffré, 1985, pág. 97.

obligación de resultados, traducido en asegurar la aptitud del software a los requerimientos descriptos por el cliente.

En lo tocante a la responsabilidad extracontractual, cabe señalar que éste es un tema de gran relevancia económica y jurídica. La utilización masiva de la informática en diversas actividades impulsó a la doctrina norteamericana a la elaboración de hipótesis de daño causados por la disfunción de programas aplicados a estaciones aéreas, a centrales nucleares, al tráfico ferroviario, etc.

Busnelli delimita en este campo de responsabilidad, dos sectores. El primero de ellos referido al error del programa que puede provocar daños económicos a terceros determinados o determinables.

En este contexto, pareciera necesario recurrir a la norma del artículo 2043 del C. Civil italiano, dejando a salvo lo previsto por el artículo 2236, que en materia de profesiones liberales establece una limitación de responsabilidad en el supuesto que la prestación implique la solución de problemas técnicos de especial dificultad, en cuyo caso el imputado no responde sino en los supuesto de dolo o culpa grave.

El otro sector se refiere al error que puede provocar daños a la salud o a la personalidad de una pluralidad indeterminada de sujetos. Aquí, el tema es de mayor incidencia, ya que los daños ocasionados pueden llegar a ser de consideración. Para este supuesto Busnelli preconiza la aplicación de la responsabilidad consagrada por el artículo 2050 (ejercicio de actividades peligrosas). (7)

5) RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LA GESTION DE BANCOS DE DATOS

La compilación sistemática de información mediante la aplicación de tecnologías informáticas ha producido en pocos años una verdadera revolución en muchas áreas de la actividad humana.

Paralelamente ha surgido una alerta sobre la gran aptitud evidenciada para provocar daños de muy diversa caracterización que van desde los derechos personalísimos a los derechos patrimoniales. Esto señala el creciente interés de estudiar esta temática en el ámbito de la responsabilidad civil, no sólo reparadora sino preventiva.

En el ámbito de la responsabilidad contractual cabe señalar que quien opera una base de datos y ofrece sus servicios a terceros contrae obligaciones cuyo incumplimiento puede generar un daño resarcible.

En este orden de ideas se compromete básicamente a suministrar información correcta, lo cual implica un compromiso de permanente actualización, y paralelamente, suministrarla en tiempo útil y en forma continuada de ma-

⁽⁷⁾ Busnelli, F. D. op. cit. pág. 6.

nera tal que la información se halle en poder del usuario cuando éste tenga necesidad de utilizarla.

Se trata en nuestro concepto de un supuesto de responsabilidad contractual objetiva, ya que el gestor del banco de datos asume una obligación de seguridad en cuanto al contenido, exactitud y periodicidad de la información que suministre.

Esta obligación de seguridad es una obligación de resultados, y por ende, quien presta el servicio, sólo se eximirá de responsabilidad en cuanto pruebe la culpa de un tercero por quien no debe responder o bien el caso fortuito extraño a riesgo propio del sistema computarizado. (8)

Independientemente de ello, el gestor del banco de datos puede incurrir en responsabilidad por difusión de información confidencialmente suministrada por el cliente o usuario.

En tal caso, la responsabilidad se fundamenta en la violación del deber de confidencialidad (deber de seguridad, de carácter objetivo, según lo considera Bustamente Alsina), quien señala que pertenecen a este supuesto los contratos entre prestatarios de servicios de medicina prepaga, mutuales y obras sociales de asistencia de salud, así como los celebrados por titulares de tarjetas de créditos, por las empresas prestadoras, y los clientes con los bancos y entidades financieras. ⁽⁹⁾

En lo tocante a la responsabilidad extracontractual, el tema ofrece matices del mayor interés. La posibilidad de que por su manejo distorsionado puedan ser conculcados derechos esenciales del hombre y se pueda afectar su privacidad, ha provocado una alerta generalizada que se traduce en la sanción de normas específicas y en la interpretación amplia de normas ya existentes, en función de esta nueva realidad.

Aquí, más que en cualquier otro aspecto de la responsabilidad por daños, la función preventiva cobra un papel protagónico fundamental. (10)

Es que el avance de la tecnología informática ha hecho posible compilar información en cantidades antes no imaginables, procesarla en forma mucho más completa y sistemática y difundirla en contados segundos a un ámbito infinito.

Estamos ante un supuesto en que la actividad (compilación de la información) no es peligrosa por su naturaleza, sino por la forma de su realización (utilización de la tecnología informática). La natural propensión a producir daños propios de la actividad en cuestión –se ha señalado– es tal que nos hace pensar en su calificación en términos de peligrosidad.

FERRI, E., GIACCOBBE, G. v TADDEI, E., op. cit. pág. 165 v siguientes.

⁽⁸⁾ VAZQUEZ FERREIRA, R.: ponencia presentada al IV Congreso Internacional sul tema «Informática e Regolamentaziones Giuridiche», Roma mayo 1988.

⁽⁹⁾ BUSTAMANTE ALSINA, J.: «La informática y la responsabilidad civil» en La Ley, 1987 – B, pág. 892.

6) RESPONSABILIDAD DEL CONSULTOR INFORMATICO

La complejidad de la materia informática determina que la provisión de equipos o en la instalación de sistemas se recurra al servicio de expertos o sociedades consultoras a los cuales se le asignan diversas funciones según se estipule contractualmente.

El iter que concluye con la instalación y puesta en servicio de un sistema informático tiene diversas instancias que van desde su concepción (en la faz precontractual), el estudio de las necesidades y las formas de satisfacerlas, la redacción del pliego de condiciones para su elaboración, hasta su recepción final una vez concluídos los tests de aceptación. En este largo proceso se pueden contratar los servicios de una consultora para que asista y asesore en todas las etapas o se puede limitar su intervención a alguna o algunas de ellas.

¿Cuál es el carácter de las obligaciones que asume el consultor? ¿Se trata de una obligación de medios o de resultados? No es posible formular un juicio de valor universal, dependiendo ello de las estipulaciones contractuales.

Si en función de tales estipulaciones el consejero asume la planificación total para llegar a las metas propuestas por el utilizador, su obligación será de resultados. En caso contrario, nos hallaremos ante una obligación de medios y, en consecuencia, el usuario que pretenda atribuir responsabilidad al consultor deberá aportar la prueba de la falta de consejo y su relación causal con el daño provocado.

En esta materia los Tribunales franceses han adoptado una posición pragmática, según las diversas cláusulas contractuales. Para determinar la responsabilidad del consultor, será preciso que previamente se determinen los deberes que se ponen a su cargo; algunos de ellos surgirán explícitamente del contrato y otros en forma implícita, de la naturaleza propia de la materia.

En principio, el consultor no puede limitarse a ser interlocutor del usuario y escuchar sus necesidades, sino que debe interiorizarse de todas las circunstancias relativas a la operación que va a asesorar. Este ha sido el criterio de la jurisprudencia francesa, que entra en lo que se conoce como «diligencia debida».

Tal como se ha señalado, el consultor asume la plena responsabilidad de la traducción técnica de las necesidades del usuario, de su análisis funcional, y de la elaboración del pliego de condiciones según las reglas del arte, salvo que ello se excluya expresamente del contrato. (11)

El usuario debe colaborar con el Consultor para asegurar la exacta definición de sus necesidades, así como en lo relativo a la evolución de las futuras

⁽¹¹⁾ POULLET, Y.: «Le droit des contrats informatiques», Precis de la Faculté de Droit de Namur, Namur, 1983, p. 134.

necesidades de la empresa a informatizar y en el análisis de oportunidad. Por su parte, el Consultor debe suministrar las técnicas de base indispensables para la apreciación de la rentabilidad del sistema; tomando igualmente a su cargo la obligación de informar al cliente las particularidades de los métodos o sistemas informáticos elegidos y los inconvenientes, aún cuando fueren menores, relacionados con las características de los materiales o técnicas utilizados. (12)

La responsabilidad del Consultor puede originarse en carencia de consejo o en la formulación de un consejo erróneo, el cual será apreciado conforme al criterio arriba mencionado de la «diligencia debida».

Según lo entiende Savatier, este criterio es de una flexibilidad pragmática. Es el Juez quien apreciará las circunstancias relativas a la urgencia, remuneración, autoridad moral del Consultor, etc.

De manera más general, se puede afirmar que corresponde al Consultor la obligación de prevenir al cliente respecto de las consecuencias dañosas que puedan sobrevenir a la elección del sistema y la de aconsejar el rechazo de la automatización si es contraproducente en atención a la organización del cliente. (13)

Corresponde igualmente al Consultor el hacer un análisis pormenorizado de las necesidades a cubrir y de los elementos a adquirir por parte del cliente, para hacer una correcta aplicación de sus conocimientos técnicos y científicos.

⁽¹²⁾ POULLET, op. cit. p. 136.

⁽¹³⁾ Sentencia de la Corte de París en la causa «Prevost vs. Scofi», «Expertises», 1980, N.º 20 y siguientes.