

# El tercero de confianza en el suministro de información

Propuesta de un modelo contractual para la sociedad de la información

**TERESA RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL**

Profesora Titular Interina de Derecho Mercantil

Universidad Carlos III de Madrid

## RESUMEN

*La información se ha convertido en la Sociedad Tecnológica en uno de los activos más valiosos para la actividad económica y una pieza esencial en la arquitectura de las relaciones sociales. El suministro de información como eje del programa prestacional es un elemento común a numerosas actividades profesionales (auditoría, rating, clasificación de buques, inspección de calidad, certificación), pero la percepción del extraordinario valor añadido que puede aportarse en las actividades de provisión de información se ha acentuado con la metamorfosis tecnológica de la Sociedad y la Economía. Asumiendo la importancia que adquiere la información como objeto contractual, el objetivo del artículo es doble. En primer lugar, definir y analizar los contratos de suministro de información en cuyo marco prestacional emerge la sugerente figura de los terceros de confianza. En segundo lugar, identificar y proponer un concepto de tercero de confianza bajo perfiles jurídicos. Así, en el marco de los denominados contratos de suministro de información se abordan los siguientes aspectos: la concepción jurídica de las funciones llamadas de generación de confianza, la inserción de su actividad en el esquema prestacional del contrato de suministro o provisión de información y la recreación de los diversos escenarios de responsabilidad que tienen como eje la actuación del tercero de confianza.*

**PALABRAS CLAVE**

*Contratos de suministro de información, tercero de confianza, responsabilidad por información inexacta, servicios de la sociedad de la información, provisión de contenidos.*

**ABSTRACT**

*Information is nowadays one of the most valuable assets for economic activities and a crucial facilitator of social relationships. Although the provision of information is a common element in a wide range of professional activities (rating, consultancy, certifying services, classification societies, auditing), technological metamorphosis of society and economy has sharply accentuated its potentiality. Accordingly, this paper aims at first defining and analyzing from a legal perspective the so-called contracts for information supply. Within that contractual framework, the suggestive notion of trusted third party emerges. Therefore, the ultimate aim of this paper is to elaborate a proposal for a legal concept of trusted third party. Several legal aspects thereof will be discussed: legal configuration of trust-generating activities, contractual regulation of informationproviding activities, due diligente for the information supply and liability scenarios involving a trusted third party.*

**KEY WORDS**

*Contracts for the provision of information, trusted third party, gatekeeper, liability for information provision, internet services providers, contents provision.*

**SUMARIO:** I. *Información y confianza en la relación contractual.*—II. *Los contratos de suministro de información: delimitación del ámbito de estudio.*—III. *Los contratos de suministro de información y los servicios de la sociedad de la información.*—IV. *La especial naturaleza de la información como objeto contractual.*—V. *La lógica económica de los terceros de confianza.*—VI. *La obligación de informar: una obligación de medios o una obligación de resultado.*—VII. *La diligencia circunstanciada.*—VIII. *El cumplimiento de la obligación: descripción del método y conformidad.*—IX. *La responsabilidad por el suministro inexacto de información.*—X. *La responsabilidad por informaciones inexactas.*—XI. *A modo de conclusión.*

**I. INFORMACIÓN Y CONFIANZA EN LA RELACIÓN CONTRACTUAL**

Toda relación contractual implica un intercambio de información, más o menos intenso y fluido, entre las partes contratantes.

La información se presenta, desde esta perspectiva, como un mero elemento instrumental en la negociación, la formación y el cumplimiento de los contratos. La información, sin embargo, puede desempeñar en determinados contratos una función mucho más significativa, puede ocupar una posición central en la reglamentación de los intereses de las partes. El acceso, el suministro, el alojamiento, o la distribución de información son actividades que adquieren hoy un significado reforzado por los parámetros socioeconómicos, técnicos y empresariales. No son, en modo alguno, actividades desconocidas; tan sólo se presentan bajo una diferente fisonomía. El suministro de información como eje del programa prestacional es un elemento común a numerosas actividades profesionales (auditoría, rating, clasificación de buques, inspección de calidad, certificación), pero la percepción del extraordinario valor añadido que puede aportarse en las actividades de provisión de información se ha acentuado con la metamorfosis tecnológica de la Sociedad y la Economía.

Las nuevas tecnologías han dado forma a una sociedad, nueva o redecorada –según el carácter revolucionario o evolutivo con que quiera entenderse el ritmo de los cambios inyectados por las TIC (Tecnologías de la Información y la Comunicación)–, que sitúa la información en un lugar predominante. La denominamos así la Sociedad de la Información. Se discute entonces si esta Economía emergente de los «bienes informacionales» responde a nuevos principios económicos o tan sólo acentúa los parámetros que ya están incorporados en las fórmulas conocidas. Aparecen en escena nuevas estrategias empresariales dirigidas a explotar el atractivo e inagotable valor de la información. Nuevos modelos de negocios nacen para satisfacer las necesidades específicas de la Economía de la Información: los «infomediarios». Y el Derecho se pregunta si puede seguir dirigiendo este escenario, de nuevos personajes y nuevas historias, con el mismo guión.

El protagonismo de la información en la Sociedad, en la Tecnología y en la Economía, cuya simple mención parece dotar a las actividades de una arrolladora novedad y a los negocios de un asegurado éxito, exige, sin duda, una mirada atenta del Derecho, una atención reposada, que, reconociendo la particular naturaleza de la información, no se deje deslumbrar por el brillo de la incompreensión que tantas veces desprende lo nuevo.

En este agitado contexto pretendemos ubicar el estudio propuesto de los que hemos optado por calificar como contratos de suministro de información y en cuyo marco prestacional emerge la sugerente figura de los terceros de confianza. Junto a la informa-

ción como eje objetivo del esquema contractual, la noción de confianza configura una particular arquitectura de intereses que destila la propuesta del tercero de confianza. La generación de confianza se apoya en un conjunto de variables (prestigio, profesionalidad, visibilidad, características del tercero que confía, tipo de información suministrada, forma de suministro, advertencias contenidas en la información, usos y prácticas del sector) que explican la posición del tercero como intermediario reputacional. Desde un enfoque económico, la observación del fenómeno nos conduce a concluyentes consideraciones que avalan la identificación de la figura y su importancia. Las fuertes asimetrías de información entre el oferente de un producto o servicio y los potenciales clientes puede aconsejar el recurso a terceros de confianza, terceros independientes que actúen como certificadores de calidad, verificadores, auditores, entidades de rating o clasificación. De este modo, los costes de búsqueda y procesamiento de información para calibrar el atractivo y valorar la fiabilidad de las diferentes ofertas se reducen sustancialmente y se superan las asimetrías de información que acusan los operadores del mercado. La lógica económica indica que una vez agotados los denominados recursos transaccionales endógenos, es conveniente para las empresas articular recursos transaccionales exógenos, es decir, proporcionados por terceros (*gatekeepers*)<sup>1</sup>, con el objetivo de señalar al mercado que son merecedores de confianza. Los sellos, notas o calificaciones son sencillos instrumentos de información que han adquirido un grado máximo de sistematización, de ahí su utilidad. El juicio sobre las bondades de una oferta requeriría el procesamiento de ingente cantidad de información, compleja, heterogénea y no siempre de fácil acceso para los interesados. El empleo de sellos, notas o calificaciones concentra la información requerida y la dispone de forma tal que facilita su comparación y, en consecuencia, permite su competencia. Pero el valor de estas señales se desprende, en realidad, de la confianza que sea capaz de generar su emisor frente a los usuarios de los sellos, notas o calificaciones. En definitiva, los denominados terceros de confianza sustentan su posición en ser merecedores de confianza y dirigen su actuación precisamente a generar confianza en terceros con respecto a quien habitualmente, aunque no siempre, es su contraparte en el contrato de suministro de información.

---

<sup>1</sup> Magistral teorización del fenómeno de la denominada «*gatekeeper liability*», de la que se extrae la noción de *gatekeeper* como tercero situado en una posición en la que es capaz de impedir la conducta dañosa negando su cooperación al infractor, en KRAAKMAN, Reinier H., «Gatekeepers: The Anatomy of a Third-Party Enforcement Strategy», 2 J.L. Econ.&Org., n.º 1, Spring 1986, pp. 53-104.

Nuestro interés se desplaza entonces hacia el reconocimiento de esta fascinante actividad de generación de confianza desde una perspectiva jurídica. Varios son los aspectos que requieren nuestra atención: la identificación del tercero de confianza bajo perfiles jurídicos, su definición, la concepción jurídica de las funciones llamadas de generación de confianza, la inserción de su actividad en el esquema prestacional del contrato de suministro o provisión de información, la recreación de los diversos escenarios de responsabilidad que tienen como eje la actuación del tercero de confianza.

La figura de los terceros de confianza, como se puede apreciar, se basa en un recurso jurídico que se ha generalizado en Internet como instrumento de confianza. Ante la aparentemente insatisfactoria regulación, se recurre a la intervención de un tercero de confianza como certificador. Desde los prestadores de servicios de certificación de firma hasta los sellos de calidad<sup>2</sup>, el entorno electrónico busca afanosamente mecanismos para superar la falta de confianza en las relaciones bilaterales, a través de una técnica de «trilateralización», esto es, de despliegue de la transacción entre

---

<sup>2</sup> Los sistemas de sellos de calidad o garantía además de recurrir a la competencia, al mercado, como mecanismo de sanción por incumplimiento de la normativa y como incentivo de la eficiencia –los adquirentes seleccionan la oferta en función del grado de cumplimiento de la normativa que se traduce en el nivel de confianza que transmiten, el castigo por el incumplimiento proviene del mercado y es la «no-compra»– favorecen la autorregulación. Así, por ejemplo, la Asociación *Flexible Packaging Europe* cuyo objetivo es promover y proteger los intereses de la industria europea de empaquetado flexible ha elaborado un *Código de Conducta de Buenas Prácticas en las Subastas Electrónicas (Inversas)*, al que acompaña una lista (*checklist*) de autoevaluación para que los miembros de la asociación valoren la adecuación de sus sistemas y prácticas y promuevan, en caso necesario, los cambios oportunos. El seguimiento del Código es garantía externa de transparencia, fiabilidad y buenas prácticas en seguridad y confidencialidad. La conveniencia de recurrir a la elaboración y adaptación de códigos de conducta como modelo autorregulatorio de las transacciones comerciales en la sociedad de la información ha sido señalado por la *Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior*, que en su artículo 16 manifiesta el interés de que los Estados miembros y la Comisión fomenten la elaboración y evaluación de códigos de conducta a nivel comunitario, a través de asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales o de consumidores. España ha seguido la línea de otros Estados miembros (art. 18 LSSICE), habiendo sido objeto de aprobación algunos códigos de conducta orientados a promover la confianza de los consumidores en el comercio electrónico: *http://www.lssi.es*, (última consulta 12/09/2010). Para un estudio de algunos de estos códigos aprobados en España, puede consultarse la Crónica a cargo de BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra, «Comercio Electrónico y Protección de los consumidores», *RCE*, núm. 16, 2001, pp. 51-76. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa, «Códigos de conducta y sistemas de «sello de garantía»: sobre el acuerdo UNICE-BEUC *e-Confidence*», *RCE*, núm. 25, marzo 2002, pp. 51-63. *Real Decreto 292/2004, de 20 de febrero, por el que se crea el distintivo público de confianza en los servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico y se regulan los requisitos y procedimientos de concesión* (BOE núm. 50, de 27 de febrero de 2004), en desarrollo de lo previsto en la DF 8ª de la LSSICE. BOTANA GARCÍA, Gema, «El distintivo público de confianza en los servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico», *RCE*, núm. 49, mayo 2004, pp. 61-74.

las partes en tres relaciones, añadiendo dos a la subsistente, que consisten en el vínculo entre cada una de las partes y un tercero independiente en el que ambas confían<sup>3</sup>. Así, la falta de confianza entre las partes, el hecho de que sean desconocidas, o las asimetrías de información, se sustituyen por relaciones con características previsibles y favorables, confianza, independencia, reputación. Esta referencia a una relación tripartita, como ya veremos más adelante, no implica necesariamente, ni en todos los casos, la conclusión de tres negocios jurídicos entre las partes implicadas. En muchas ocasiones, la llamada relación del usuario con el tercero independiente no es más que una situación de confianza –apreciación clave para la determinación del tipo de responsabilidad–, carente así de base negocial<sup>4</sup>.

La principal advertencia que ha de reiterarse aquí es que, a pesar de la atractiva novedad con que estas figuras parezcan iluminar su estudio en el entorno electrónico, tal carácter es sólo aparente o, mejor, es únicamente externo, superficial o, si se quiere, de configuración. La estructura contractual presenta, sin embargo, una interesante similitud con instituciones jurídico-mercantiles bien conocidas, enderezadas todas ellas sobre un común nervio causal<sup>5</sup> que garantiza la viabilidad de la analogía. En efecto, y con todas las peculiaridades que cada sector implique, la auditoría<sup>6</sup>, en todas sus modalidades externas (de calidad, de gestión, medioambiental, de cumplimiento, informática, de sitio *web*, financiera)<sup>7</sup>, el *rating*

<sup>3</sup> FROMKIN, A. Michael, «The Essential Role of Trusted Third Parties in Electronic Commerce», 75 *Or.L.Rev.*, Spring 1996, pp. 49-116.

<sup>4</sup> Sobre la noción de negocio jurídico y su delimitación positiva y negativa, en particular, en relación con figuras de dudoso carácter negocial, DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El Negocio Jurídico*, Madrid: Civitas, 1985, pp. 19-51.

<sup>5</sup> Sobre la doctrina de la causa, no podemos dejar de referirnos de nuevo al trabajo de Federico DE CASTRO Y BRAVO, *El Negocio Jurídico*, que acabamos de citar, en las pp. 163-326, y a la bibliografía clásica allí citada.

<sup>6</sup> Por todos, ILESCAS ORTIZ, Rafael, *Las cuentas anuales de la sociedad anónima*, vol. 2.º, *Auditoría, aprobación, depósito y publicidad de las cuentas anuales*, Madrid: Civitas, 1993; PETIT LAVALL, M.ª Victoria, *Régimen Jurídico de la Auditoría de Cuentas*, Madrid: ICAC, 1994.

<sup>7</sup> *Bureau Veritas*, fundada en Amberes en 1828 por iniciativa de un grupo de aseguradores y corredores marítimos, y habiendo trasladado posteriormente a París su sede, es una de las sociedades de clasificación de buques más prestigiosa –Completa información sobre este y otros servicios de la compañía en [www.bureauveritas.com](http://www.bureauveritas.com), [www.bureauveritas.es](http://www.bureauveritas.es). Hoy, su experiencia, sus conocimientos y su prestigio, le han permitido extender su negocio con solidez a otras áreas –jurídicamente análogas y económicamente sinérgicas– prestando así un amplísimo conjunto de servicios: inspección en el comercio internacional, auditoría medioambiental, certificación de calidad, seguridad e higiene en el trabajo, sistemas de gestión, protección de datos, o el programa *Bureau Veritas WebValue* destinado a evaluar los servicios electrónicos de conformidad con una norma de referencia (de buenas prácticas en diferentes campos), que se adapta a los diferentes sectores y características específicas de la empresa y actividad, y a mantener un seguimiento constante sobre la conformidad entre la actuación diaria de la compañía y el modelo de reglamentación acordado.

del mercado de valores<sup>8</sup>, la clasificación de buques<sup>9</sup>, el contrato de inspección de productos<sup>10</sup>, la supervisión de plantas industriales, la prestación de servicios de certificación de firma electrónica<sup>11</sup> y, más en concreto, los sistemas de acreditación de prestadores de servicios de certificación y de dispositivos de firma electrónica<sup>12</sup>, comparten la vertebración causal de la actividad de generación de confianza<sup>13</sup> que proponemos y de ellos, precisamente, pretendemos inducir sus elementos esenciales.

<sup>8</sup> CACHÓN BLANCO, José Enrique, «Análisis jurídico del rating del mercado de valores», *DN*, núm. 48, septiembre 1994, pp. 1-10.

<sup>9</sup> GÓMEZ PRIETO, M.<sup>a</sup> Teresa, «Las sociedades de clasificación de buques», *ADM*, vol. XI, 1994, pp. 257-375.

<sup>10</sup> GINER PARREÑO, César A., *El contrato de inspección en el comercio internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

<sup>11</sup> HUERTA VIESCA, M.<sup>a</sup> Isabel; Rodríguez RUIZ DE Villa, Daniel, *Los prestadores de servicios de certificación en la contratación electrónica*, Navarra: Aranzadi, 2001; MARTÍNEZ NADAL, Apol·lònia, *Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid: Civitas, 2000.

<sup>12</sup> Los sistemas de acreditación de los prestadores de servicios de certificación eran regulados en el ordenamiento español en el artículo 6 del *Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica* (BOE núm. 224, de 18 de septiembre), ya derogado. El modelo que adopta la nueva *Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica* (BOE núm. 304, de 20 de diciembre), en adelante, LFE significa un profundo cambio de enfoque. En primer lugar, un patente cambio terminológico, para hablar de certificación en vez de acreditación. En segundo lugar, la superación de un sistema de naturaleza pública para confirmar un modelo de certificaciones de origen estrictamente privado. Este modelo ya aparece dibujado a lo largo del proceso legislativo: Capítulo II del Título IV del *Proyecto de ley (121/000158) de firma electrónica*, BOCG núm. 158-1, de 20 de junio de 2003; artículo 26 sobre el procedimiento voluntario de certificación de prestadores de servicios de certificación y artículo 27 sobre certificación de dispositivos seguros de creación de firma electrónica. Se mantiene la disciplina de la certificación en el Capítulo II del Título V de la definitiva LFE, compuesto por los artículos 26 a 28. En relación con la naturaleza jurídica de este contrato de acreditación o certificación, la causalización del resultado (una declaración de cumplimiento) se extrae con facilidad del tenor con que el legislador define la certificación de prestadores en el artículo 26: «La certificación de un prestador de servicios de certificación es el procedimiento voluntario por el que una entidad cualificada pública o privada emite una declaración a favor de un prestador de servicios de certificación, que implica un reconocimiento del cumplimiento de requisitos específicos en la prestación de los servicios que se ofrecen al público». El sistema de acreditación o auditoría como factor para la apreciación del grado de fiabilidad con que el prestador de servicios de certificación de firma cumple sus obligaciones, está también expresamente previsto en la LMNUFE –*Ley Modelo de la CNUMDI sobre las Firms Electrónicas*, aprobada por Resolución 56/80 de 12 de diciembre de 2001, disponible en [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)– artículo 10 e) y f). De este modo se configura una pirámide de acreditación descendente que puede cerrarse sobre una entidad pública o una o varias entidades privadas. Este esquema piramidal suele tener un ámbito nacional y, en ocasiones, regional. Por tanto, ante la carencia de un modelo plenamente internacional, el reconocimiento de certificados no nacionales se proyecta sobre procedimientos de «acreditación cruzada» que se basa en la ausencia de subordinación entre las entidades emisora y acreditadora y en la equivalencia sustancial de la fiabilidad de los certificados conforme a determinadas normas. *Guía para la incorporación al ordenamiento interno de la Ley Modelo sobre Firms electrónicas*, 2001.

<sup>13</sup> No debemos caer en el simplismo de agrupar causalmente todas las figuras jurídico-mercantiles que compartan una similitud terminológica. Así, el denominado certificado de garantía que acompaña la compraventa de determinados bienes responde a una relación contractual distinta a la estudiada y cumple una función no identificable con la que en nuestro estudio estamos delimitando como actividad de certificación. En efecto, el sello o certificado de garantía es un documento probatorio de una cláusula de garantía, en virtud de la

La conexión funcional del tercero de confianza con el marco jurídico la integran los contratos de suministro de información. Por ello, el proceso de configuración jurídica de la figura se llevará a cabo a partir del desbroce del programa prestacional de tales contratos y la simulación de modalidades fenoménicas de actuación que la práctica empresarial concibe y recrea. Con tales parámetros, el presente trabajo se estructura como sigue. En primer lugar, es preciso delimitar el producto contractual que va a servir de escenario de pruebas de nuestra figura. Así, los apartados II, III y IV tratan de aportar claridad al concepto, primero, definiendo los contratos de suministro de información a los efectos de este trabajo y distinguiéndolos de figuras afines o aparentemente similares (II); segundo, insertando los contratos de suministro de información en el marco general de la sociedad de la información y la infraestructura contractual subyacente (III); y, tercero, haciendo notar las particularidades que aporta la información como objeto principal del programa prestacional (IV). En segundo lugar, conviene empezar a aproximarnos a la figura del tercero de confianza y será su perfil económico el que ofrezca de él una visión más clara y completa (V). Identificado el fenómeno y entendidas sus funciones y sus fines, podemos proceder al análisis del esquema relacional de suministro de información sobre el que la actividad del tercero de confianza se articula (VI-X). Este análisis contractual nos conducirá a una breve exposición de nuestras principales conclusiones (XI).

## II. LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO DE INFORMACIÓN: DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE ESTUDIO

El amplio escenario en que hemos querido que debuten nuestros contratos tiene el riesgo de desfigurar su fisonomía hasta hacerlos irreconocibles. ¿Son nuevos contratos nacidos en relación

---

cual el fabricante/vendedor promete que el objeto vendido permanecerá en estado normal de funcionamiento durante un período de tiempo y que si sufriera alguna avería en tal plazo la responsabilidad del vendedor se concentrará en repararlo o sustituirlo por otro, pero no podrá exigirse la resolución del contrato, la reducción del precio o la indemnización de daños y perjuicios. En este sentido, el certificado de garantía se convierte en un simple elemento formal que acompaña las cláusulas de garantía habitualmente incorporadas en estas compraventas. Los elementos personales se corresponden con las partes del contrato, comprador y vendedor cuando éste último es el fabricante. A pesar de la posibilidad de que intervengan tres sujetos en la relación (vendedor, comprador, fabricante) no hay similitud estructural ni operativa con la actividad evaluadora a la que nos referimos. Es fácil comprobar que el emisor del certificado incorpora una promesa en relación con su propia actividad o producto, por lo que no concurre la independencia y ajenidad propia de los servicios de certificación y evaluación. Sobre las cláusulas de garantía y los certificados de garantía, CARLON, Luis, «La cláusula de garantía en la compraventa de maquinaria», *RDM*, núm. 127, enero-marzo 1973, pp. 39-86, las referencias al certificado en pp. 69-70.



con Internet y otras manifestaciones de la Sociedad de la Información? ¿O quizá nos referimos a todos los contratos que incorporan componentes informativos en alguna etapa de su formación o de su ejecución? La respuesta a ambas cuestiones no puede ser más que rotundamente negativa. De no ser así, por defecto y por exceso los planteamientos que subyacen bajo las preguntas planteadas desbordarían la noción contractual con la que se pretende trabajar y que se ha construido conforme a un proceso en dos etapas. En primer lugar, y de ahí el interés por observar la realidad social, empresarial y tecnológica, se ha tratado de detectar, configurar y discriminar un conjunto de relaciones contractuales que parecían satisfacer similares necesidades económicas. En segundo lugar, y sobre la referencia empírica anteriormente descubierta, se ha pretendido esbozar un modelo contractual capaz de explicar la heterogeneidad fenoménica seleccionada.

La delimitación del campo de estudio pasa por descomponer la expresión propuesta, contratos de suministro de información, en sus piezas constitutivas:

*a)* En primer lugar, nos referimos a relaciones contractuales cuyo objeto consiste precisamente en el suministro de información. En este sentido, quedan fuera de nuestra esfera de atención aquellos contratos, que aun implicando la comunicación o el suministro de información, aparecen intermediados por un interés principal distinto (por ejemplo, la compra de un periódico en papel, en relación con el comprador, responde estrictamente a la finalidad de adquisición de un bien).

*b)* En segundo lugar, la actividad de suministro marca un útil parámetro de identificación de la modalidad prestacional que subyace en la categoría propuesta. La Sociedad de la Información ha amplificado los ya numerosos contratos conectados con la información, pues las nuevas tecnologías nos han dotado de instrumentos de eficiencia extraordinaria para la gestión, el procesamiento, la comunicación y el almacenamiento de la información. Más aún, el valor de la nueva sociedad reside precisamente en el acceso, el acceso a la información. No queremos ocuparnos de aquellos contratos cuya esencia puede destilarse en la noción de accesibilidad, sobre la cual pivotan numerosas relaciones contractuales en el entorno electrónico (contratos de acceso a información), pues pueden reconducirse causalmente a una prestación de servicios. Ni siquiera nos preocupan aquellos modelos contractuales, que aun permitiendo la puesta a disposición de información almacenada, tienen por finalidad principal el alojamiento de datos (foros de discusión, redes sociales, portales informativos). La actividad de

suministro aparece perfilada por dos precisos trazos que la distinguen y separan de otras tareas que recaen sobre la información. El suministro consiste, primero, en la puesta a disposición de información a petición o por iniciativa de su destinatario principal. El sentido y la dirección de este flujo de actividad lo distancian del acceso y del alojamiento. El suministro supone, segundo, una actividad que aporta un valor añadido a la información resultante. Este valor añadido puede proceder de la gestión, de la recopilación, de la selección, del tratamiento, de la interpretación o de los elementos valorativos en que consiste la prestación. De este modo, se comprueba que numerosas actividades aparentemente informativas quedan excluidas del concepto de suministro por carecer de esta revaloración en el proceso de ejecución contractual.

El anuncio de que el buscador Google, en la línea abierta por el archivo pionero del Proyecto Gutenberg<sup>14</sup>, volcaría 15 millones de libros en la Red<sup>15</sup> ejemplifica un supuesto de acceso a contenidos y no de suministro de información, en el sentido que aquí se ha querido perfilar. El proyecto empresarial de esta biblioteca virtual puede habilitar sistemas técnicos y/o contractuales que se correspondan con nuestro modelo-tipo –localización de títulos, selección y agrupación de obras, prescripción o recomendación de lecturas, informes, asesorías, sistemas de *rating*–, pero la mera puesta a disposición de contenidos carece en sí mismo del núcleo prestacional en que radica el valor añadido del suministro porque se vertebra exclusivamente en torno al acceso.

c) En tercer lugar, la noción de información soporta el peso de genericidad que más gravemente amenaza la precisión de nuestra denominación. La advertencia que hemos de apuntar para conjurar el riesgo de desbordamiento es que la información, en la categoría de contratos que nos ocupa, se convierte en el objeto esencial de programa prestacional. Habitualmente, la información se incorpora a la relación contractual de forma accesoria, como coadyuvante de su propia ejecución. En los contratos de suministro de información, la

---

<sup>14</sup> El *Gutenberg Project* disponible en [www.gutenberg.org](http://www.gutenberg.org) comenzó a engrosar su catálogo en 1991. A esta iniciativa se han unido otras: en España, la Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes ([www.cervantesvirtual.com](http://www.cervantesvirtual.com)); en Estados Unidos, *The Internet Classics Archive* ([www.classics.mit.edu](http://www.classics.mit.edu)) cobijado en el prestigioso MIT; en Francia, la Biblioteca Nacional francesa a través de *Gallica* ([www.gallica.bnf.fr](http://www.gallica.bnf.fr)).

<sup>15</sup> Según da noticia *El País* del domingo 10 de abril de 2005, «Babel en la pantalla del ordenador», pp. 41 y 41. Desde entonces, una fuerte polémica sobre la digitalización de libros y la vulneración de derechos de autor ha acompañado la iniciativa de Google. En 2008, Google firmó con la Asociación de Editores y la Unión de Escritores de Estados Unidos (Google Books). En septiembre de 2009, la Unión Europea se ha mostrado interesada en conocer los extremos del acuerdo con objeto de discutir la posibilidad de concluir una estrategia similar que garantice la propiedad intelectual a la vez que ofrezca un amplio acceso a las obras.

información no es instrumento sino objeto del cumplimiento. A partir de esta consideración, se ha de distinguir una triple categoría. La información objeto de la prestación puede adoptar la forma de información fáctica o factual, de información valorativa y de consejos o recomendaciones. En función del carácter de la información implicada nos encontraremos ante subtipos de contratos de suministro, que compartiendo una misma raíz prestacional, presentan interesantes particularidades (búsqueda de datos, selección y gestión de contenidos, asesoría, consultoría, certificación, prescripción).

d) Finalmente, conviene tener en cuenta que el esquema genérico de los contratos de suministro de información acoge varias modalidades transaccionales que, a pesar de sus diferencias, abordaremos conjuntamente. De un lado, encontramos contratos de puro suministro de información. En este tipo de contratos, que abunda en el entorno electrónico, la información es el elemento vertebral del programa prestacional. La función principal del prestador es suministrar información, sea propia o ajena, bajo unos parámetros de procesamiento, presentación, estructuración o selección que aporten valor añadido. Información y confianza se solapan en la misma relación negocial, la que se entabla entre el informante y el destinatario. El informante es aquí más que un tercero de confianza, un «segundo de confianza», y el usuario «que confía» es, en realidad, la parte contratante en la relación de suministro de información. La arquitectura general de intereses puede, no obstante, ser trilateral, si la información suministrada se refiere a un tercero y afecta a la decisión que adopte el usuario con respecto a éste (consejo de un analista financiero, clasificación de una empresa por una entidad de *rating*, informe de solvencia, inclusión en un directorio). De otro lado, sin embargo, los contratos de suministro de información pueden adoptar una configuración más precisa bajo la forma que denominaremos de contratos de certificación. En estos casos, el esquema transaccional es habitualmente trilateral. La relación contractual de suministro de información se entabla entre el informante y el cliente a quien se refiere la información (auditoría, clasificación de buques, inspección de productos, certificación de calidad). La función de generación de confianza desempeñada por el prestador despliega entonces todos sus efectos bajo una enorme fuerza centrífuga. Los terceros, potenciales usuarios (en sentido amplio) del cliente «certificado», pueden adoptar decisiones relativas a sus relaciones con éste confiando en la información emitida por el prestador-informante. La entidad suministradora de la información se convierte así en un verdadero tercero de confianza desde la perspectiva de la relación entre el cliente «certificado» y los usuarios.

La dualidad apuntada tendrá interesantes consecuencias en el análisis de la naturaleza del contrato y la calificación de sus obligaciones, así como, en la recreación de los supuestos de responsabilidad. Mientras que en los contratos de puro suministro de información prevalece la prestación de servicios, los contratos de certificación aparecen vertebrados por una significativa obligación de resultado que los presenta como contratos de obra. Con respecto al estudio de los escenarios de responsabilidad, la alternancia de las relaciones negociales según el esquema aplicable implicará una diferente localización de la responsabilidad contractual y de la responsabilidad extracontractual.

### III. LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO DE INFORMACIÓN Y LOS SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

De todo lo anterior, concluimos que la categoría de los contratos de suministro de información abarca aquellas relaciones contractuales en las que a petición de una parte contratante (el destinatario), la otra parte contratante (el prestador) suministra –a cambio de una remuneración– una información fáctica, una información valorativa o una recomendación<sup>16</sup> confiriéndole un determinado valor añadido con intención de satisfacer los específicos intereses del destinatario. Muchas actividades profesionales bien conocidas de abogados, auditores, analistas, consultores, tasadores, inspectores o certificadores responden a este modelo prestacional. La Red tan sólo ha recreado estas fórmulas, aderezadas ahora con componentes que amplifican la eficiencia, la agilidad de la prestación y, en parte, redefinen su propio contenido. Así, la lógica de la navegación por Internet se sustenta sobre la operativa de los dispositivos de búsqueda y los servicios de localización de información (buscadores de pago); la accesibilidad de la información digital permite la comparabilidad de datos con una extensión e intensidad amplificadas

---

<sup>16</sup> Obsérvese cómo puede extraerse esta triple categorización del tenor del clausulado de las condiciones generales de los servicios prestados por la compañía *Bureau Veritas* (disponible en [www.bureauveritas.com](http://www.bureauveritas.com), o, en versión española, en [www.bureauveritas.es](http://www.bureauveritas.es)):

«BVE tiene por objeto suministrar al beneficiario de sus servicios en calidad de tercera parte independiente, informaciones que consisten en comprobaciones, opiniones, apreciaciones o recomendaciones, con el objeto principal de contribuir a la prevención de los riesgos a los que están expuestos dichos beneficiarios (...). Con este objetivo BVE realiza operaciones de control, inspección, evaluación, auditoría, peritaje, etc., para los que utiliza procedimientos tales como: exámenes, muestras, ensayos, análisis, medidas y cualquier otro que le permita reunir con total independencia, imparcialidad y objetividad los elementos suficientes para emitir la información solicitada. (...).»

(*shopbots*); la inseguridad asociada a las relaciones en el entorno electrónico reclama con fuerza la habilitación de modelos de tercero de confianza cuya función consiste en el suministro de información valorativa (prestadores de servicios de certificación de firma, emisores de sellos de calidad, prescriptores). De todo ello, únicamente nos interesan aquellos servicios que son prestados onerosamente o que representan, en todo caso, una actividad económica.

Hemos traído aquí conscientemente todas las piezas que componen la noción de servicio de la sociedad de la información en el marco de la ley española 34/2002, de 11 de julio, *de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico* (en adelante, LSSICE)<sup>17</sup>: prestación de un servicio a distancia y por vía electrónica, de forma onerosa o representando, en todo caso, una actividad económica, y a petición individual del destinatario. De inmediato podría interpretarse que pretendemos identificar a nuestros suministradores de información con el concepto legal de prestadores de servicio de la sociedad de la información<sup>18</sup> que diseña bajo los parámetros comunitarios la normativa española. No hay, en

<sup>17</sup> Ley que tiene como objeto la incorporación al ordenamiento jurídico español de la *Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico)*, así como incorporar parcialmente la *Directiva 98/27/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo, relativas a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, regulando una acción de cesación contra las conductas contrarias a las previsiones legales* (BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002).

<sup>18</sup> La noción de prestador de servicios de la sociedad de la información delimita el ámbito de aplicación subjetivo de la LSSICE. La definición de la figura de prestador de servicios de la sociedad de la información, tanto en la ley española como en su referencia comunitaria, acusa una doble imprecisión. De un lado, una imprecisión externa, en relación con otros conceptos colaterales. De otro lado, una imprecisión interna, que se manifiesta en la clasificación con que el legislador aborda diferentes categorías de prestadores a las que asigna un diverso conjunto de obligaciones legales y régimen de responsabilidad. En relación con su delimitación externa, en el Anexo de Definiciones, la LSSICE define como «servicio de la sociedad de la información» «todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario». Concepto que comprende, no obstante, también los servicios no remunerados en la medida que constituyan una actividad económica para el prestador. Esta noción se completa con una lista no exhaustiva de servicios comprendidos en la definición y una exclusión, también meramente ejemplificativa, de servicios excluidos. Obviamente, estos parámetros vienen ya marcados por los textos comunitarios. En relación con su estructuración interna, además de la definición separada en el Anexo de los «prestadores de servicios de intermediación», los artículos 13 a 17 de la LSSICE disponen un régimen de responsabilidad específico para determinados prestadores, ofreciendo una versión ampliada de la Directiva al incluir la regulación de la actividad de provisión de enlaces y dispositivos de búsqueda (en el artículo 17). La Sección 4.<sup>a</sup> del Capítulo II de la *Directiva sobre comercio electrónico* que emplea como rúbrica «Responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios», regula bajo este régimen de responsabilidad específico exclusivamente las actividades de transmisión de datos y provisión de acceso («mere conduit», artículo 12) –nuestro artículo 14–, el almacenamiento automático y provisional de datos («caching», artículo 13) –paralelo al artículo 15 de la LSSICE– y el alojamiento de datos («hosting» artículo 14) –correspondiente al artículo 16 LSSICE–.

modo alguno, intención de provocar esta identificación. Ciertamente, entre ambas categorías hay zonas de solapamiento y contacto, pero tanto la integración de un conjunto en otro como la posible coincidencia plena de ambos, ofrecen imágenes absolutamente equivocadas por exceso y por defecto.

En primer lugar, los contratos de suministro de información no se prestan siempre por vía electrónica y a distancia, a pesar de que las nuevas tecnologías de la comunicación hayan potenciado el trasvase de muchas actividades al nuevo entorno, atraídas por la ubicuidad, la eficiencia y la reducción de costes. La emisión de un informe a cargo de un abogado encaja sin estridencias y con plena tipicidad en nuestros contratos de suministro de información. En segundo lugar, a pesar de la aparente omnipresencia de la información en los servicios que regula la LSSICE, no responden todos ellos a nuestra definición de suministro —son contratos de acceso a información, de alojamiento de datos, de distribución de contenidos—. En tercer lugar, numerosos servicios de la sociedad de la información adoptan la forma de prestaciones gratuitas, si bien representan una actividad económica. En particular, la actividad de los buscadores, que encaja en el modelo de suministro de información factual, es abordada en la ley desde la óptica de los servicios de intermediación, por lo que plantea únicamente su delicado régimen de responsabilidad en cuanto que «intermediario» (artículo 17 LSSICE). Este enfoque desvía, en un primer momento, la atención hacia una dimensión relacional distinta en la que se desvanece la presencia de la relación contractual que aquí nos interesa. En cuanto que contrato de suministro de información, la relación relevante es aquella entablada entre el usuario que realiza la consulta y el buscador. Esta relación puede adoptar tres formatos que condicionan la comprensión de esta realidad y su encaje en el tipo contractual del suministro de información.

El primer caso y el más claro, es aquel en el cual el usuario concluye con el prestador un contrato de suministro de información (acceso, localización, búsqueda y selección) remunerado y de cierta duración mediante una suscripción al servicio.

El segundo caso, mucho más borroso, viene marcado por la especial estructura prestacional que ofrece la Red. El soporte tecnológico que empapa la actividad económica en el entorno digital multiplica las posibilidades calificativas de la naturaleza del contrato. En efecto, se puede considerar que la raíz prestacional del contrato no transcurre sobre el suministro de información sino sobre la puesta a disposición de un dispositivo técnico-informático de localización y búsqueda que se aplica sobre diversos contenidos.

Este replanteamiento de la morfología implicaría la transformación del tipo contractual que resultaría así vertebrado causalmente y no sobre la actividad de suministro de información sino sobre el ofrecimiento de un servicio mediante el uso de un mecanismo tecnológico. De este modo, la diligencia de la prestación se redefine como correcto y razonable funcionamiento del dispositivo de búsqueda.

El tercer caso representa, sin duda, el supuesto más controvertido. El acceso a numerosos sitios *web* no confiere la apariencia de conclusión «expresa» de un contrato entre el usuario y el prestador. De hecho, muchos usuarios estiman que el uso de estos sitios y de su contenido y servicios no implica relación contractual alguna con el prestador. Sin embargo, los prestadores de estos servicios sujetan sus relaciones con los usuarios a un clausulado de condiciones que estiman aceptado por el mero uso del servicio ofrecido, esto es, mediante hechos concluyentes<sup>19</sup>. Hemos entrado en el terreno de los polémicos *browse-agreement*<sup>20</sup>, cuyo empleo se extiende de forma casi generalizada en los sitios que pueblan Internet. Si bien no albergamos dudas en cuanto a la consideración de que el uso del servicio o el acceso a los contenidos representa un hecho suficientemente significativo del consentimiento, la mayor debilidad de esta modalidad de perfección contractual radica en la nada inusual inconsciencia de este efecto concluyente del uso –a diferencia de la asumida significación del acto de presionar el botón «Acepto» en

---

<sup>19</sup> El famoso buscador Google iniciaba las «condiciones del servicio» disponible en su página, con una disposición del siguiente tenor:

«El uso de los servicios del motor de búsqueda Google (“Servicios de búsqueda de Google”), implica la aceptación de los siguientes términos y condiciones (“Condiciones de servicio”).»

En una versión más reciente de las condiciones, se reformula la cláusula incluyendo igualmente la referencia al uso de los servicios como manifestación de aceptación:

«Ud. podrá aceptar las Condiciones:

(A) haciendo clic en el botón de aceptación de las Condiciones, cuando Google le ofrezca esta opción en la interfaz de usuario con respecto a cualquier Servicio; o

(B) utilizando de forma efectiva los Servicios. En este caso, Ud. reconoce y acepta que, a partir de ese momento, Google considerará su utilización de los Servicios como una aceptación de las Condiciones.»

<sup>20</sup> La autora ya ha tenido ocasión de abordar este tema en su trabajo RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa, «Las condiciones de uso de los sitios *web* y los *browse-wrap agreements*», en CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; OVIEDO ALBÁN, Jorge, *Nueva Lex Mercatoria y contratos internacionales*, Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2006, pp. 305-346; también publicado en *Derecho del Comercio Internacional –temas y actualidades (DeCita)*, núm. 5/6, 2006, pp. 43-73. Entre otros, pueden verse también los trabajos de DAVIDSON, Dawn, «Click and Commit: What Terms are Users Bound to When They Enter Web Sites?», 26 *William Mitchell Law Review*, 2000, pp. 1171-1203; KUNZ, Christina L.; OTTAVIANI, John E.; ZIFF, Elaine D.; MORINGIELLO, Juliet M.; PORTER, Kathleen M.; DEBROW, Jennifer C., «Browse-wrap Agreements: Validity of Implied Assent in Electronic Form Agreements», 59 *The Business Lawyer*, 2003-2004, pp. 279-312; RAYSMAN, Richard, BROWN, Peter, «Clarifying the Rules for Clickwrap and Browsewrap Agreements», *New York Law Journal*, vol. 228, núm. 93, November 14, 2002.

los *click-agreements*– y la no menos habitual ignorancia de los propios términos contractuales –discretamente ocultos bajo un escueto enlace ubicado en la parte inferior de las páginas del sitio *web*–. Pero a través de este controvertido contrato, los prestadores incorporan a la relación de búsqueda gran parte de las estrategias convencionales<sup>21</sup> que concurren en los contratos tipo de suministro de información.

#### IV. LA ESPECIAL NATURALEZA DE LA INFORMACIÓN COMO OBJETO CONTRACTUAL

La especial atención que la Economía y las ciencias empresariales han prestado a los «bienes informacionales», despierta en nosotros la curiosidad y el interés por apreciar esta realidad desde la óptica del Derecho. Queremos comprobar si las peculiaridades operativas que presenta la información como producto afectan también a su tratamiento jurídico en cuanto que objeto de la prestación contractual.

Repasamos la literatura económica y obtenemos una interesante imagen multifacética de los *information goods*<sup>22</sup>. La información es costosa de producir pero, las sucesivas tecnologías que ha encadenado la evolución técnica, han hecho su reproducción cada vez más barata<sup>23</sup>. Esto debilita los incentivos de producir informa-

<sup>21</sup> Póngase en relación, la siguiente cláusula que transcribimos, extraída de las condiciones de Google, con las explicaciones que se exponen más adelante en el texto:

«Google renuncia a todas y cada una de las responsabilidades respecto a la precisión, contenido, integridad, legalidad, fiabilidad, funcionamiento o disponibilidad de información o material que se muestra en los resultados de los Servicios de búsqueda de Google. Google renuncia a cualquier responsabilidad respecto a la eliminación, almacenamiento, entrega defectuosa o con retraso de cualquier información o material. Google renuncia a cualquier responsabilidad por daños resultantes de descargar o acceder a cualquier información o material en Internet a través de los Servicios de búsqueda de Google.»

<sup>22</sup> El excelente diagnóstico de la Nueva Economía o la Economía de la Información de Carl SHAPIRO y Hal R. VARIAN, *Information Rules. A Strategic Guide to the Network Economy*, Boston: Harvard Business School Press, 1999.

<sup>23</sup> Un rasgo conductual que comparte con la *digital economics*. Tras la asunción de unos fuertes costes iniciales, progresivamente el coste marginal de producir una unidad adicional descende. Este fenómeno de «increasing returns» –que no es un fenómeno desconocido ni histórica ni sectorialmente– tiene importantes implicaciones en la estructura del mercado. Tradicionalmente los efectos del «positive feedback» se han producido del lado de la oferta, en el fenómeno conocido como economías de escala (del lado de la oferta) –*supply-side economies of scale*–. La versión de esta pauta económica en el entorno electrónico muestra una mayor virulencia, desplegando sus efectos también, y fundamentalmente, en el lado de la demanda –*demand-side economies of scale*–. Los sectores de la Nueva Economía muestran así una clara tendencia a la concentración pues el éxito y el fracaso se refuerzan en el imparable y absorbente ritmo de un «virtuous cycle» o un «vicious cycle». Un único ganador, *winner-take-all-markets*, es el resultado de una economía basada en la estructura de red.



ción si no son esperables beneficios creíbles asociados a su explotación o a su propio suministro que compensen la inversión y los gastos exigidos. Cuando la información es objeto de negocios jurídicos, su precio no ha de reflejar el coste de producción sino el valor de uso que significa para su destinatario. La información se comporta además como un «*experience good*». Por ello, los usuarios han de conocer (o experimentar) la información para apreciar su valor. Y así, uso, consumo y prueba se solapan en un mismo acto, cada vez que se suministra la información<sup>24</sup>. Esta característica exige que los prestadores concentren sus esfuerzos estratégicos y competitivos en factores reputacionales, los únicos que pueden permitir la elección previa por parte del destinatario potencial de la información. La información finalmente actúa como un bien público, que no se consume ni se desgasta por su uso. En virtud de esta naturaleza, los efectos de la información adquieren un efecto expansivo imprevisible una vez liberados.

De estas enseñanzas económicas concentradamente expuestas, se pueden extraer ya algunas consideraciones jurídicas. Observamos, en primer lugar, la dificultad de determinar la remuneración en los contratos de suministro de información, asociada a su valor de uso y no a su coste de producción. Constatamos, en segundo lugar, la necesidad de disponer de una precisa exposición de los intereses del destinatario de la información a los efectos de apreciar la conformidad de la prestación y de determinar la diligencia debida del prestador. Percibimos, en tercer lugar, la relevancia que las condiciones del destinatario (su pericia, su razonable conocimiento) ejercen en la determinación de los deberes del prestador en el marco contractual. Apreciamos, en cuarto lugar, la posible emergencia de conflicto de intereses. Y advertimos, finalmente, que la responsabilidad por los daños ocasionados por la inexactitud de la información se expande peligrosamente con respecto a cualquier usuario de la misma que, confiando en su corrección y certeza, adopte una decisión que le cause daños.

Tomando las referencias apuntadas como incentivo para proseguir con el estudio, procedemos a continuación a desbrozar el mecanismo jurídico-contractual de los contratos de suministro de información (*infra* VI y siguientes), no sin antes observar con dete-

<sup>24</sup> Muchos de los productos de la Nueva Economía tienen carácter duradero, los denominados «*information goods*» permiten su empleo reiteradamente y a lo largo de períodos extensos de tiempo, pero sobre todo, se comportan como «*experience goods*» donde la estrategia en precios no puede reflejar el coste –que se aproxima a cero– sino el valor –que tiene para el usuario–. Económicamente, esta característica implica que las empresas compiten con ellas mismas en diferentes momentos temporales. Este efecto presionaría a las empresas a mantener los precios bajos. De hecho, la implicación más clara es que ante este tipo de productos el poder de mercado es menos preocupante.

nimiento la figura de los terceros de confianza bajo la óptica que nos ofrece la Economía y la riqueza fenoménica que alberga la práctica de los mercados (V) para guiar nuestro posterior análisis jurídico.

## V. LA LÓGICA ECONÓMICA DE LOS TERCEROS DE CONFIANZA

La figura del tercero de confianza nace en un contexto económico en el que el mercado acusa fuertes asimetrías de información entre prestadores y usuarios, de modo tal que los costes de búsqueda y procesamiento de información para determinar la fiabilidad de las diferentes ofertas se incrementan sustancialmente. La lógica económica explica que una vez agotados los denominados recursos transaccionales endógenos, los operadores recurren a recursos transaccionales exógenos, es decir, proporcionados por terceros «confiables» (*gatekeepers*). La estructura bilateral de partida trabada entre el prestador y los potenciales usuarios y marcada por la falta de confianza se despliega en un esquema relacional más complejo que superpone a la relación inicial de desconfianza dos relaciones bilaterales de confianza entre el prestador y el intermediario y entre los terceros y el intermediario. La primera probablemente adopte la forma de una relación contractual de suministro de información, la segunda carecerá seguramente de un marco contractual y se estructurará con toda seguridad como una mera relación de confianza.

La función de los terceros de confianza es emitir señales al mercado sobre la fiabilidad, la confiabilidad, la exactitud de aspectos relativos al prestador. De este modo, a pesar de la generalizada denominación de esta figura como tercero de confianza, la estructura relacional nos indica, sin embargo, que es, en realidad, un «segundo de confianza» con respecto al prestador, habitualmente parte contratante, y un verdadero tercero en el marco de la relación, no siempre contractual, entre el prestador y el usuario o tercero. Si tratamos de encajar este esquema en cualquiera de las modalidades fenoménicas que ha adoptado la *praxis* de la generación de confianza, los resultados son reveladores. La obtención de un sello de calidad, una acreditación, una certificación, una verificación positiva, un informe favorable de auditoría, una nota elevada de *rating*, una clasificación alta del buque, o una decisión de admisión en un prestigioso *e-marketplace* son señales emitidas por un tercero de confianza (certificador, entidad de acreditación, auditor, entidad de *rating*, sociedad de clasificación de buques,

ente gestor del *e-marketplace*<sup>25</sup>) a petición expresa, o no, del operador referido y que aportan información a terceros (que confían) sobre la fiabilidad, solvencia o calidad del prestador, o de sus servicios o productos.

La capacidad de estos terceros de generar confianza depende de sus activos reputacionales (seriedad, visibilidad, profesionalidad, experiencia) que son, a su vez, los recursos más sensibles a las sanciones (reputacionales) del mercado por una prestación negligente, inadecuada o percibida como errónea. Experiencias recientes en los mercados internacionales son muy elocuentes. De hecho, el origen de conocidos escándalos financieros puede radicar en un fallo del sistema de *gatekeepers*. A pesar de las múltiples explicaciones que del caso Enron se han dado, es interesante tomar en consideración la propuesta<sup>26</sup> que achaca el detonante de la crisis a un grave deterioro en la función de *wachtdog* que deben desempeñar los *gatekeepers* por erosión de la objetividad y la independencia dada la ausencia de competencia real (*Big Five*)<sup>27</sup>, el menor efecto disua-

<sup>25</sup> En el sector de los *e-marketplaces* están en funcionamiento programas de certificación –*Ebtrust*, *Det Norske Veritas*; *WebTrust* y *SysTrust* establecidos por el AICPA (*American Institute of Certified Public Accountants*) y el CICA (*Canadian Institute of Chartered Accountants*); los certificados de *Virtual Private Network Consortium*; *SGSQualicert* de la *Société Générale de Surveillance*–, sellos de garantía y programas de certificación parcial o específica –*BBBOnLine Privacy Seal* filial de *Council of Better Business Bureaus* de Estados Unidos y Canadá; *Truste Privacy Seal*–, códigos de conducta –*model code of conduct for electronic commerce* de *Electronic Commerce Platform Netherlands*, October 2001; *Code of Good Practices for Use of Electronic Market Place*, [www.eurocapable.com](http://www.eurocapable.com) (*The European Federation of Associations of Manufacturers of Insulated Wires and Cables*); *Good trading practices in Electronic Bidding Processes: Reserve Auctions*, [www.alufoil.org](http://www.alufoil.org) (*European Aluminium Foil Association*); *Fairness for Electronic Marketplaces*, publicado por [www.argez.de](http://www.argez.de) (*Arbeitsgemeinschaft Zulieferindustrie*)–, *Standards y «guidelines»* –*Code of Practice for Information Security Management*, ISO/IEC 17799:2000; *Electronic Commerce Agreement* adoptado por UN/CEFACT (*United Nations Centre for Trade Facilitation and Electronic Business*); *Specifications for information security management systems* AS/NZS 7799.2:2003, Standards Australia–.

<sup>26</sup> En este sentido, John C. COFFEE, Jr., «Understanding Enron: It's About the Gatekeeper, Stupid», 57 *Bus. Law.*, num. 4, August 2002, pp. 1403-1420.

<sup>27</sup> El cumplimiento efectivo de la función que hemos asignado a la actividad de generación de confianza presupone la independencia de la entidad prestadora y su competencia técnica, garantías de un servicio de calidad. Confiamos en que en un entorno de certificación voluntaria, el carácter contractual de la actividad asegura la preservación de la independencia a través del alineamiento de los incentivos de las partes implicadas. Hipótesis de partida del trabajo del profesor PAZ-ARES –la teoría económica nos proporciona esta hipótesis inicial «a mayor voluntariedad (de la auditoría), mayores incentivos para la independencia y, por tanto, menor necesidad de regulación» (p. 26)– en *La ley, el mercado y la independencia del auditor*, Madrid: Civitas, 1996, al que nos remitimos para una completa explicación de la argumentación referida. Véase también al respecto, ARRUÑADA, Benito, *La calidad de la auditoría. Incentivos privados y regulación*, Madrid: Marcial Pons, 1997, en particular, pp. 15-62 y las consideraciones finales pp. 205-221. La independencia del auditor y su régimen de responsabilidad ha sido una preocupación constante en la construcción europea de un mercado financiero integrado. La Unión Europea ha mostrado un continuo interés en el tratamiento legal de estos aspectos. Desde los primeros estudios en 1992 sobre el sector europeo de contabilidad, la Comisión se ha centrado en el problema de la responsabilidad civil del auditor legal. Tras comprobar la marcada heterogeneidad de las disposi-

sorio del régimen de responsabilidad y los mayores beneficios obtenidos por la aquiescencia con el cliente. Mucho más reciente y teniendo como escenario también los mercados financieros, el verano de 2007 ha venido marcado por las alarmantes noticias sobre las hipotecas *subprime* y sus preocupantes efectos en el sistema bancario internacional. Algunas de estas arriesgadas emisiones habían recibido una calificación alta (alta liquidez, bajo riesgo) por parte de ciertas entidades de *rating* lo que parece que había asegurado su fácil colocación en el mercado. En un sector bien distinto, el del transporte marítimo, graves accidentes de buques han venido precedidos de la emisión de certificaciones favorables sobre su navegabilidad por reputadas sociedades de clasificación. En todos estos conocidos casos, la actividad de los intermediarios reputacionales (auditores, entidades de *rating*, sociedades de clasificación) estaba dirigida a lanzar al mercado señales de confianza, vigilando (*watchdog*) la corrección de las actuaciones de otros operadores que compiten en mercados de «alta peligrosidad» (mercados financieros, por ejemplo) y su aparentemente negligente actuación parece haber sido determinante en el desencadenamiento de los daños producidos a los terceros que confiaron.

En estas premisas de raíces económicas y amplia repercusión social se sustenta nuestra propuesta. Es preciso ahora comenzar a perfilar los rasgos jurídicos del marco contractual en que queremos insertar la figura de los terceros de confianza.

## VI. LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR: UNA OBLIGACIÓN DE MEDIOS O UNA OBLIGACIÓN DE RESULTADO

El punto de partida del estudio es la consideración de los contratos de suministro de información como contratos de prestación de servicios. Un marco contractual que aglutina, no obstante, obligaciones de medios y obligaciones de resultado. Estimamos que la obligación de informar ha de considerarse como obligación de medios o de mera actividad, en la medida que impone el deber de

---

ciones legales y reglamentarias nacionales en la Comunidad en un estudio de 1996, la Comisión consideró oportuno la elaboración de un documento más amplio que concretó en la publicación del *Libro Verde sobre la función, posición y responsabilidad civil del auditor legal en la UE* (DOCE C 321, de 28 de octubre de 1996, p.1). Desde el punto de arranque que supone el Libro Verde, las propuestas de reforma del sector se han sucedido en las diferentes instancias de la Unión. Podemos ya encontrar líneas claras de un plan de acción –*Comunicación de la Comisión: La auditoría legal en la Unión Europea: el camino a seguir*, DOCE C 143, de 8 de mayo de 1998, p.12–, que se completa con la *Recomendación de la Comisión de 16 de mayo de 2002, sobre independencia de los auditores de cuentas en la UE: Principios fundamentales*, DOCE L 191, de 19 de julio de 2002, p. 22.

informar diligentemente. Sin embargo, muchos de los contratos observados basan el programa prestacional en la entrega, la emisión o a la puesta a disposición de un determinado resultado: un informe, una nota, una calificación, una serie de resultados de una consulta, un certificado<sup>28</sup>. En este sentido, las partes han optado por causalizar un resultado que transforma la prestación en una *obligation de résultat*. Sin duda, en lo relativo a la entrega del resultado pactado, la prestación se comporta en la forma prevista —la falta de entrega supone la «no-ejecución»—, pero no hemos de olvidar que, aun obtenido el resultado aparentemente previsto, el cumplimiento puede ser defectuoso si la información ha sido seleccionada, elaborada, interpretada o manifestada negligentemente<sup>29</sup>. Entonces, la responsabilidad del prestador-informante no derivaría de la inexactitud de la información sino de la negligencia con que fue elaborada<sup>30</sup>.

La clásica categorización de las obligaciones, entre *obligations de moyens* y *obligations de résultat*, no ha estado exenta de críticas, puesta en cuestión su terminología<sup>31</sup> y su propia racionalidad distintiva<sup>32</sup>. No obstante, sigue cumpliendo una función de referencia que puede resultar útil en la redacción del programa prestacional y en el proceso de determinación de la exactitud del cumplimiento. Si bien las reglas de responsabilidad son las mismas, el propio contenido de las obligaciones de medios y de resultado determinan un juego específico del sistema probatorio (art. 1214

---

<sup>28</sup> Así, en el artículo 2 de las condiciones generales de los servicios prestados por *Bureau Veritas*, a las que ya nos hemos referido, se advierte que la información solicitada:

«(...) se hace llegar al contratante en la forma de plantilla de verificación o control, informe, certificado, o cualquier otro medio que se demuestra idóneo (...)»

<sup>29</sup> Principios de UNIDROIT, art. 5.4.

«(1) En la medida en que la obligación de una de las partes implique un deber de alcanzar un resultado específico, esa parte está obligada a alcanzar dicho resultado.

(2) En la medida en que la obligación de una de las partes implique un deber de emplear los mejores esfuerzos en la ejecución de la prestación, esa parte está obligada a emplear la diligencia que pondría en circunstancias similares una persona razonable de la misma condición.»

<sup>30</sup> DEL OLMO GARCÍA, Pedro, «Responsabilidad por daño puramente económico causado al usuario de informaciones falsas», *Anuario de Derecho Civil*, Tomo 54, Fasc. I, enero-marzo 2001, pp. 257-368, en p. 266.

<sup>31</sup> LOBATO GÓMEZ, J. Miguel, «Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado», *Anuario de Derecho Civil*, Tomo 45, Fascículo II, abril-junio 1992, pp. 651-734, al respecto en pp. 654-657.

<sup>32</sup> Entre la doctrina que se muestra favorable al mantenimiento de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado, por todos, CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Barcelona: Bosch, 1993, pp. 35-38; MENGONI, Luigi, «Obbligazione di risultato e obbligazione di mezzi», *Rivista di Diritto Commerciale*, 1954, I, pp. 185 y siguientes; JORDANO FRAGA, Francisco, «Obligaciones de medios y de resultado (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)», *Anuario de Derecho Civil*, Tomo 44, Fascículo I, enero-marzo 1991, pp. 5-96. Por el contrario, otros autores, desconfían de la idoneidad de la distinción al estimar que todas las obligaciones implican, de uno u otro modo, un resultado contractualmente pactado; así MARTON, M.G., «Obligations de résultat et obligations de moyens», *Revue Trimestrielle de Droit Civile*, 1935, pp. 499-543.

Código civil español)<sup>33</sup>, donde la culpa despliega una doble función como criterio de determinación del incumplimiento y como criterio de imputación del incumplimiento.

En la redacción de los clausulados contractuales se observa cómo los prestadores asumen esta categorización de las obligaciones y tratan de protegerse ante potenciales responsabilidades a través de la delimitación del objeto de la prestación<sup>34</sup>, bajo la fisonomía de las obligaciones de mera actividad, mediante expresiones como «el prestador se compromete a poner el mayor cuidado (*reasonable or best efforts*) en el cumplimiento de sus obligaciones».

Si bien la actividad de provisión de información puede calificarse indudablemente como prestación de servicios, cuando observamos el fenómeno desde la perspectiva del informante como tercero de confianza, la naturaleza del contrato parece tornar indefectiblemente hacia su calificación como contrato de obra. Las obligaciones de resultado adquieren en el programa prestacional una posición prevalente, hasta el punto de vertebrar causalmente el contrato como contrato de obra y no de servicios. Si retornamos a la amplia fenomenología de la generación de confianza, la identidad causal de todas las modalidades contractuales conocidas parece configurar un modelo abstracto de contrato que en su versión más esencial, y por ello común, se presenta como un contrato de obra enderezado por una obligación de resultado<sup>35</sup>. El

<sup>33</sup> JORDANO FRAGA, FRANCISCO, *La responsabilidad contractual*, Madrid: Civitas, 1987, p. 268.

<sup>34</sup> La compañía *DoubleTrade* ofrece, entre otros, un servicio, mediante suscripción, de suministro de información a través del acceso y la localización de contenidos en una base de datos y el envío de avisos y notificaciones sobre novedades. En sus condiciones generales ([www.doubletrade.com](http://www.doubletrade.com) última consulta 12/09/2010), incluye una expresiva cláusula que transcribimos:

«DoubleTrade fait tous les efforts nécessaires pour assurer l'exactitude des informations at exerce une veille de l'information avec les moyens le plus moderne. Cependant, DoubleTrade n'est jamais tenue que par une obligation de moyen (...).»

<sup>35</sup> GINER PARREÑO, CÉSAR A., *El contrato de inspección...*, *op.cit.*, p. 99: «La categoría de los contratos mercantiles de obra con certificación puede construirse formulando una noción amplia del contrato de obra con certificación. Conforme a ella una empresa se obliga a la realización de una obra que consiste en la verificación, examen o supervisión de determinados bienes jurídicos culminándose con la suscripción y entrega de un certificado, informe, nota o calificación relativa a aquellos y a cambio de un precio determinado o determinable». En relación con el contrato de auditoría de cuentas su calificación como contrato de obra es mantenida por PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *La responsabilidad civil de los auditores: extensión, limitación, prescripción*, Madrid: Civitas, 1996, p. 41; ILLESCAS ORTIZ, RAFAEL, *Las cuentas anuales...*, *op.cit.*, rechazando la teoría orgánica (p. 36) e insistiendo indubitablemente en el vínculo contractual entre sociedad y auditor (p. 37), relación que califica contundentemente de contrato de obra (pp. 38 y 39) pues la finalidad última y esencial de la auditoría es la confección y entrega a sus destinatarios del informe (pp. 121-122); MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio, «El contrato de auditoría y la terminación unilateral del mismo por el auditor», *RCDI*, núm. 623, julio-agosto 1994, pp. 1485-1499, «la prestación básica, aquella que determina la celebración del contrato y que por consiguiente lo conforma causalmente, viene dada, en efecto, por la realización del informe»

interés primario del acreedor (cliente) reside en la obtención de la entidad inspectora/evaluadora/certificadora de una nota, una clasificación, un certificado, un informe, un sello de calidad o cualquier otro medio que actúe como soporte de las informaciones de comprobación, evaluación, inspección u opinión que resulten de las operaciones de control, de los exámenes, ensayos, análisis, auditorías, comprobaciones u otros servicios con similar objetivo que la empresa evaluadora realice. Los elementos reales del contrato son, de un lado, el *opus*, la obtención del resultado-calificación convenido con la diligencia propia de un profesional experto en la materia, lo que implica el seguimiento de las técnicas propias de la actividad, y, de otro lado, el precio o retribución acordados, cuya obligación de pago no presupone ni la conformidad del cliente con la calificación obtenida ni, por tanto, la recepción de la obra, sino la simple puesta a disposición del cliente del resultado previsto. A este núcleo prestacional básico se pueden añadir expresamente por las partes otros elementos que, al unirse a la noción esencial descrita, exigirán la incorporación de elementos de otras figuras contractuales<sup>36</sup>, especialmente del contrato (arrendamiento) de servicios<sup>37</sup>.

A pesar de la aparente contradicción, en realidad, ambas calificaciones propuestas pueden coexistir. La obligación de informar

---

(p. 1490). Como el dictamen de un abogado, el informe de auditoría es un claro ejemplo de obligación de resultado en el marco de un «contrato de prestación de servicios» –VICENT CHULIÁ, Francisco, *Introducción...*, *op.cit.*, p. 819–. En contra, lo califica como arrendamiento de servicios, PETIT LAVALL, M.<sup>a</sup> Victoria, *Régimen Jurídico...*, *op.cit.*, pp. 135-137. En relación con el contrato de *rating* del mercado de valores, CACHÓN BLANCO, José Enrique, «Análisis jurídico del *rating*...», *op.cit.*, p. 3. En relación con la clasificación de buques, dirá VIDAL SOLA que «el informe es el aspecto esencial de su actividad», es decir, interpretamos, el resultado de la actividad de supervisión es el elemento determinante para la calificación causal del contrato, VIDAL SOLA, Arturo, «La responsabilidad de las sociedades de clasificación de buques», *RGD*, núm. 138-139, marzo-abril 1956, pp. 195-199, en p. 195. El tráfico moderno ha ido dando forma a frecuentes contratos de obra dirigidos a la obtención de un «*resultado inmaterial o intangible*», que se plasma en un soporte físico objeto de entrega que no hace más que presentar el resultado de la actividad contratada –campana publicitaria, asesoría contable, planificación de un terreno– (PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, Antonio, «Los contratos de obra. El depósito mercantil. El transporte», en *Leciones de Derecho Mercantil*, dirigidas por el Prof. MÉNENDEZ, Madrid: Thomson-Civitas, 2003, pp. 577-603, en p. 581). FROOMKIN, A. Michael, «The Essential Role of Trusted Third Parties...», *op.cit.*, se pregunta si un certificado de firma electrónica es un producto o un servicio, planteando el efecto de su calificación como uno u otro, o la alternativa de una naturaleza híbrida, sobre la delimitación de las obligaciones del prestador de servicios y su régimen de responsabilidad (pp. 86-91).

<sup>36</sup> Adición de actividades que no puede impedir la calificación del contrato de auditoría como arrendamiento de obra, ILLESCAS ORTIZ, Rafael, *Las cuentas anuales...*, *op.cit.*, pp. 39-41.

<sup>37</sup> Para la distinción entre el contrato de servicios y otros contratos de prestación de servicios –percíbase la precisión terminológica–, TRIGO GARCÍA, M.<sup>a</sup> Belén, *Contrato de servicios. Perspectiva Jurídica actual*, Granada: Comares, 1999, distinguiendo aquel del contrato de trabajo (pp. 154-171), del contrato de obra (pp. 173-280), del mandato (pp. 281-335) y de las relaciones societarias (pp. 335-374).

correctamente es una obligación de medios<sup>38</sup>, si bien la obligación de entrega de un determinado resultado del tratamiento de la información es una obligación de resultado (informe, certificado, calificación). Es la prevalencia e intensidad de cada tipo de obligación en el programa prestacional la que impregnará el contrato global de una u otra naturaleza. Los contratos de certificación pura integran un subgrupo dentro de la categoría general de los contratos de suministro de información. Los primeros se comportan como contratos de obra, los segundos como contratos de servicios. Desde el punto de vista de la estrategia empresarial, en realidad, estas diversas modalidades contractuales están reflejando adecuadas reglamentaciones de diversas actividades que concurren en el panel prestacional que ofrecen las empresas que actúan como terceros de confianza. Esto es, en ciertos casos actúan como meros proveedores de información, y en otros como auténticos certificadores. La percepción de esta disparidad estratégica resulta además especialmente relevante a los efectos de diseñar los diversos esquemas de responsabilidad. Aunque no puede obviarse el enorme casuismo subyacente, se pueden apuntar algunas pautas comunes. En los contratos de certificación pura, la relación contractual es habitualmente establecida entre el certificador (tercero de confianza) y el prestador de los servicios certificados. Así, el usuario indirecto de la información será casi siempre un tercero con respecto al intermediario certificador. La emisión de un informe de auditoría, un sello de calidad, una inspección, una acreditación o una nota de clasificación de buque responden bien a este esquema. Sin embargo, en la perspectiva más amplia de simple provisión de información, no suele existir una relación previa entre el intermediario informante y el prestador a quien se refiere la información. Puede haberse entablado una relación de tipo contractual entre el usuario de la información y el informante, recomponiendo así la arquitectura relacional (solicitud de un análisis financiero, búsqueda en un directorio, consulta de las notas de *rating* publicadas, petición de un informe sobre una empresa); o que ni siquiera exista una rela-

---

<sup>38</sup> Es interesante cotejar este modelo de contrato de certificación con el «*contract for information*» que resulta del Capítulo 6 del Libro quinto del proyectado *European Civil Code*. Study Group on a European Civil Code, *Tilburg Sub-Group Services*, 5th Book, (última versión de 26 de noviembre de 2003) dedicado a los contratos de servicios. El artículo 601 acota así su ámbito de aplicación:

«(1) This Chapter applies to contracts whereby one party, the information provider, is to supply factual information, evaluative information or a recommendation to another party, the client (...).»

En particular, estimamos que puede resultar de particular ayuda en relación con la determinación de la responsabilidad: art. 604 *Duty of Care*; art. 605 *Conformity*; art. 609 *Causation*.



ción expresa –si bien el mero uso activará de algún modo un entorno transaccional– en la que se enmarque la petición de información.

Con todo, mantenemos como referente nuestra clasificación genérica de los contratos de suministro de información como contratos de prestación de servicios. A los efectos de plantear los diversos escenarios de responsabilidad, ciertamente las diferencias van a ser irrelevantes. De uno u otro modo, el enjuiciamiento del incumplimiento contractual va a referirse a una o varias obligaciones concretas del programa prestacional, y será la configuración de éstas como obligaciones de mera actividad o de resultado las que nos orienten en el proceso de determinación del incumplimiento.

## VII. LA DILIGENCIA CIRCUNSTANCIADA

La diligencia con que el prestador-informante ha de desempeñar su prestación ha de resultar contextualizada en las especiales circunstancias en que se desenvuelve la relación. En la medida que la información es un bien cuyo valor depende de su uso y no de su coste, el prestador ha de recabar amplia y detallada información sobre las necesidades de su cliente, como destinatario de la información. Más aún, la versatilidad utilitaria de los bienes informativos modula la prestación conforme al uso al que se pretenda destinar, la decisión que pretenda adoptarse en consecuencia, las características del destinatario, y el propio carácter fáctico, valorativo o de consejo que adopte el resultado contractual. Estas constataciones nos conducen a una doble consideración.

En primer lugar, que si bien recae sobre el prestador el deber de informarse, el límite de su prestación viene inicialmente marcado por la información proporcionada por el destinatario. En este sentido, emergen los deberes de cooperación recíprocos dirigidos a conseguir la plena efectividad de la prestación<sup>39</sup>. Cuya lectura en sentido negativo, nos permitiría argumentar que, ante una ausencia de

<sup>39</sup> Artículo 1.202 de los *Principios de Derecho Contractual Europeo* presentados por la Comisión Lando:

«*Deber de cooperación*. Cada una de las partes está obligada respecto de la otra, a cooperar para conseguir la plena efectividad del contrato.»

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS, ROCA TRÍAS, E., MORALES A. M., *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Madrid: Civitas, 2002, pp. 158 y 159.

Este proyecto arranca de tres resoluciones del Parlamento Europeo: Resolución A2-157/89 (DOCE C 158, 26.6.1989, p. 499); Resolución A3-0329/94 (DOCE C 205, 25.7.1994, p. 518); Resolución del Parlamento Europeo sobre la aproximación del Derecho civil y el Derecho mercantil de los Estados Miembros. Además, *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho Contractual Europeo* (DOCE C 255, 13.9.2001, p. 1); *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al*

información suficiente proporcionada por el destinatario al informante<sup>40</sup>, la actuación inexacta del prestador puede entenderse debida a un impedimento imputable al acreedor (destinatario de la información) que liberaría al deudor (prestador) de las consecuencias de su incumplimiento o, al menos, le facultaría para exigir la resolución del contrato<sup>41</sup>.

En segundo lugar, la exactitud de la prestación de informar exige la apreciación del carácter decisivo o utilitario que tiene la información. En el seno del grupo de trabajo encargado de la redacción de un Código Civil europeo (*Study Group on a European Civil Code*), el *Working Group on Sales, Services and Long-term contracts (Dutch Team)* elaboró un conjunto de reglas aplicables a los contratos de servicios<sup>42</sup> (en adelante, *Rules on Services*) –en el marco esbozado por los *Principios de Derecho Contractual Europeo*–, entre las que dedica un capítulo (el capítulo 6) a los contratos de suministro de información. Esta distinción de los contratos de suministro de información por razón de su especificidad supone un argumento de apoyo a nuestro estudio y nos ofrece una fuente de referencia interesante. El estándar general de diligencia (*care*) aplicable en la prestación de los servicios (artículo 1:107 *Rules on Services*)<sup>43</sup> requiere una ulterior precisión cuando la

*Consejo: Un derecho contractual europeo más coherente. Plan de acción*, DOCE C 63, 15.3.2003, p.1.

<sup>40</sup> Deber que puede interpretarse como obligación contractual o como carga negocial cuya inobservancia, si bien no viene reforzada por una facultad correlativa de la contraparte para exigir su cumplimiento, implica una exigencia necesaria para obtener la realización del propio derecho o para ejercer una facultad. CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *Las cargas del acreedor en el Derecho civil y en el mercantil*, Madrid: Montecorvo, 1988.

<sup>41</sup> Así, en el contrato de servicios de *Bureau Veritas*, en el artículo 8, el prestador precisa que:

«(...) Cuando las informaciones emitidas por BVE recojan documentos y datos facilitados por el [destinatario], BVE no podrá ser considerado responsable en el caso de que estos documentos y datos resulten incompletos o erróneos.»

<sup>42</sup> *Study Group on a European Civil Code, Tilburg Sub-Group Services*, 5th Book, última versión de 26 de noviembre de 2003, posteriormente el documento sobre contratos de servicios aparece en versión de octubre 2005 (disponible en [www.sgecc.net](http://www.sgecc.net) última consulta 8/10/2009). En particular, el sitio *web* de grupo de trabajo sobre servicios en <http://ecc.uvt.nl>.

<sup>43</sup> Article 107: General Standard of Care for Services:

- «(1) The service provider must perform the service:
- a. with the care and the skill that a reasonable service provider would exercise under the circumstances; and
  - b. in conformity with any statutory or other binding legal rules that are applicable to the service.
- (2) If the service provider professes a higher standard of care and skill the provider must exercise that care or skill.
- (3) If the service provider is, or purports to be, a member of a group of professional service providers for which standards exist that have been set by a relevant authority or by that group itself, the service provider must exercise the care and skill expressed in these standards.
- (...).»

actuación se integra en un contrato de suministro de información (artículos 6:102 y 6:104 *Rules on Services*<sup>44</sup>). En efecto, cuando nos encontramos ante un suministro de información factual o valorativa, el prestador ha de asegurarse de que el destinatario entiende el contenido de la información, que habrá de ser elaborada con el cuidado y la pericia que exigen las circunstancias y la propia condición profesional del prestador. Más aún, y aquí emerge el carácter decisivo, aplicativo o utilitario de la información, el prestador ha de informar al destinatario, cuando su prestación consista en una valoración o en un consejo sobre los que el destinatario va a adoptar una decisión, de los riesgos que implica, así como de las alternativas que están disponibles (o, en su caso, de la limitación propia de las alternativas propuestas). Estas expresiones, que vienen dominadas por el criterio de la razonabilidad, articulan el engranaje entre el deber de consejo y la previsibilidad de los riesgos en el momento de contratar.

La diligencia del prestador viene así condicionada por dos parámetros, uno objetivo o general y otro subjetivo o circunstanciado. Con respecto al primero, el prestador debe actuar conforme a la diligencia esperable de su condición experta, según el modelo de un prestador razonable en similares circunstancias. En ocasiones, la pertenencia del prestador a un colectivo profesional permite la aplicación inmediata de normas reglamentarias, reglas estatutarias o códigos deontológicos. La extremada cautela con que los prestadores abordan sus riesgos de exposición a la responsabilidad ha promovido el diseño y la redacción de Manuales de actuación en un deseo de proceduralizar la diligencia debida en el seno de los usos profesionales y *lex artis* del sector. A este criterio objetivo o estándar, hemos de añadir el criterio subjetivo que procede de las especiales circunstancias de cada relación contractual. En la tarea de descubrimiento de estas condiciones particulares, el prestador ha de desenvolver una intensa labor de información en aras de anticipar e incorporar en su balance de riesgos previsibles todas las circunstancias que rodean su prestación (artículo 602 *Rules on Services*): el particular objetivo para el que el destinatario requiere la información, las preferencias y prioridades del usuario en relación con la información, la decisión que es esperable que el destinatario adopte con fundamento en la información solicitada, la situación personal de su cliente. Con respecto a este último elemento de juicio, adquiere especial significatividad el formato que adopte la información suministrada. La peligrosidad asociada a la informa-

---

<sup>44</sup> Article 6:102: Circumstances in which the Service is to be Performed; article 6:104: Duty of Care of the Information Provider.

ción valorativa o de consejo, en la medida que puede incitar al destinatario a tomar una decisión confiando en la recomendación o en la evaluación ofrecida por el prestador, exige la adopción de mayores precauciones que en aquellos supuestos en los que el resultado de la prestación se concreta en la transmisión de una simple información de contenido factual.

Ante la incidencia que en la delimitación de su actuación diligente tienen las circunstancias de la obligación, las características del destinatario y la propia naturaleza de la información solicitada, los prestadores se esmeran por concretar con el mayor cuidado posible todos estos extremos. Cuando la relación contractual se entabla de manera individualizada, el marco de referencia se conforma con las instrucciones proporcionadas por el destinatario y se completa mediante el ejercicio por el prestador del deber de solicitar información suficiente para el cumplimiento<sup>45</sup>. Cuando el suministro de información se lleva a cabo de forma despersonalizada (típicamente en contratos de mera provisión de información), a pesar de que la consulta o la específica petición provenga posteriormente de modo individualizado de cada usuario, los prestadores incluyen en su clausulado de condiciones generales advertencias sobre el uso razonable que se espera de la información (sólo para uso comercial o únicamente para uso particular), la condición del usuario (sólo para expertos del sector) y las propias limitaciones intrínsecas de la información puesta a disposición (no es una garantía, sólo se han revisado los datos disponibles, la valoración se ha hecho sin contrastar la información aportada por el cliente). De este modo, los prestadores marcan convencionalmente el grado de diligencia que han puesto en práctica, de un modo tal que resultaría de este parámetro una gama de servicios en función del nivel de cuidado y esmero aplicado en cada caso. Credibilidad, exactitud, precisión o carácter completo son, desde luego, las especificaciones morfológicas de la información-producto.

Las referencias convencionales, debidamente integradas por las prácticas y usos del sector, o, en su caso, por las reglas aplicables al

---

<sup>45</sup> En las condiciones generales de SGS (disponibles en [www.sgs.com](http://www.sgs.com), última consulta 10/04/2005) como entidad de supervisión, certificación e inspección se destaca, con respecto a la prestación de los servicios que:

«The Company will provide services using reasonable care and skill and in accordance with Client's specific instructions as confirmed by the Company or, in absence of such instructions:

- the terms of any standard order form or standard specification sheet of the Company; and/or
- any relevant trade custom, usage or practice; and/or
- such methods as the Company shall consider appropriate on technical, operational and/or financial ground (...).»

colectivo profesional, deberían esbozar una noción de diligencia debida suficientemente manejable. No obstante, en defecto de estas referencias o siendo su interpretación precisa, consideramos que la valoración del comportamiento diligente ha de venir encauzado por dos pautas: lo técnicamente viable y lo económicamente razonable. Bajo esta diligencia objetivada y amoral traslucen, sin embargo, los criterios tradicionales de la previsibilidad, la evitabilidad y la razonabilidad que perfilan, en definitiva, lo imputable y lo inimputable. Así, el artículo 1:107 *Rules on Services* exige que, en la determinación de la diligencia que es razonable esperar, se tengan en cuenta, entre otros elementos: la naturaleza, la magnitud, la frecuencia y la previsibilidad de los riesgos implicados en la prestación; el coste de las precauciones adoptadas por el prestador; el carácter oneroso o gratuito de la prestación; la cuantía de la remuneración; y el tiempo disponible para el cumplimiento. Es recomendable que estas circunstancias del cumplimiento se hagan constar, en la medida de lo posible, en la documentación contractual como elementos que, en definitiva, precisan el contenido auténtico de la prestación.

### VIII. EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN: DESCRIPCIÓN DEL MÉTODO Y CONFORMIDAD

Identificar la prestación del contrato simple y llanamente con el suministro de información como si de una actividad única y homogénea se tratara, resulta enormemente simplista. En realidad, el programa prestacional puede encadenar tareas muy dispares, aunque todas ellas compartan el objetivo esperado de la entrega, la puesta a disposición o el suministro de un resultado consistente en información. Labores de búsqueda, selección y organización de datos conducirían a la entrega de información fáctica; tareas de comparación, interpretación y evaluación darían forma a una información valorativa; y actividades de análisis y propuesta conformarían una recomendación o un consejo. Desde esta perspectiva fragmentada mucho más realista, las piezas del cumplimiento no residen en la información sino en cada una de las tareas comprometidas: adecuada selección, búsqueda completa, interpretación correcta, diligente elaboración o razonable evaluación. La exactitud del resultado derivaría así de la aplicación correcta de los métodos exigibles en cada una de las actividades desplegadas.

La estrategia convencional más adecuada consiste entonces en una meticulosa y detallada descripción del objeto de la prestación

debida –directamente o por referencia a reglas, manuales o usos–, que anticipe las condiciones del cumplimiento y facilite igualmente la comprobación de su exactitud. Para acentuar la naturaleza de mera actividad de las obligaciones se describe el método de cumplimiento<sup>46</sup>, objetivando así la actuación diligente y anclando en el contrato las circunstancias de la exactitud.

La ya natural borrosidad de la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado se ve además agravada por una particular redacción de los clausulados tendente a, y finalmente resultante en, una suerte de «parcelación» del objeto de contrato. Este procedimiento implica una regulación contractual extremadamente detallada que subdivide y parcela las prestaciones de las partes hasta unidades convencionalmente identificables, generalmente por su homogeneidad técnica, cuya descripción se sucede a lo largo del clausulado y sus anexos. Compuesta esta imagen de mosaico, se procede a regular con precisión y recurrentes parámetros técnicos (habitualmente en los anexos) el nivel de servicio acordado por las partes conforme al cual se determinará la exactitud del cumplimiento –en ocasiones, formando parte de un acuerdo separado denominado *Service Level Agreement*–. En consecuencia, esta medición del exacto cumplimiento otorga a las partes un manejable instrumental para verificar el incumplimiento, que lleva aparejado un entramado de penalizaciones y remedios específicos (resolución en casos graves –según un parámetro de severidad también determinado contractualmente–, incremento provisional o definitivo de tarifas, pago de cuantías indemnizatorias prefijadas), también minuciosamente labrado en el soporte contractual. Ciertamente, esta estrategia negocial –*parcellizzazione/misurazione/penalizzazione*<sup>47</sup>– que aporta precisión y previsibilidad a las partes, acarrea, sin embargo, una fragmentación considerable del objeto del contrato y diseña una suerte de incumplimiento «pulverizado» que puede no representar correctamente la verificación satisfactoria/insatisfactoria del conjunto íntegro de la prestación. De ahí que se intenten depurar las imperfecciones del modelo mediante cláusulas de penalización que tratan de reconducir la «parcelación» de la prestación de nuevo a la

<sup>46</sup> Nuevamente en las condiciones de *Bureau Veritas*, en la cláusula quinta se precisa que:

«Salvo estipulación expresa en contrario, BVE efectúa sus comprobaciones por muestreo y no realiza exámenes sistemáticos y generales. De esta forma, la información que suministra BVE no puede considerarse en modo alguna exhaustiva. Los técnicos de BVE no pueden asegurar la presencia permanente en el lugar de la intervención siendo, en general, sus visitas intermitentes e imprevistas.»

<sup>47</sup> Escenario muy expresivo y perfectamente adaptado a la realidad contractual, diseñado por ZALLONE, Raffaele, *Informatica e telematica: i nuovi contratti di servizi*, Milano: Giuffrè Editore, 2003, pp. 19-27.

unidad, reflejando el efecto que en la verificación íntegra del objeto del contrato ejercen incumplimientos reiterados o especialmente graves de algunas de las prestaciones individualmente consideradas (retraso de más de x horas o en más de x ocasiones en el período temporal determinado cuando la entrega es secuencial o sucesiva, más de x errores en el proceso de evaluación)<sup>48</sup>, habilitando generalmente su concurrencia la facultad resolutoria.

La peculiar obligación de resultado que actúa como cierre en un programa prestacional consistente en la necesaria manifestación externa y materializada de una información, nos anima a plantear aquí la cuestión de la conformidad<sup>49</sup>. La labor de evaluación es, en definitiva, una labor de comparación, de la situación de hecho con un modelo estándar –estándares internacionales–, un código de buena conducta –acordado por una asociación– o unas normas de calidad predispuestas –de origen legal o puramente convencional en la medida que una empresa puede diseñar libremente un objetivo de calidad y unos estándares de cumplimiento–. Tras esta actividad de comparación, el resultado se concreta en un sello, una nota o una calificación, que refleje el grado de ajuste<sup>50</sup> entre el modelo evaluado y el modelo ideal<sup>51</sup>. En primer lugar, la conformidad del

<sup>48</sup> Cláusula 17 de los Términos y Condiciones de negocio de Eutilia ([www.eutilia.com](http://www.eutilia.com)):

«17.2. En caso de fuerza mayor por parte de Eutilia, se suspenderán sus obligaciones pero Eutilia adoptará las actuaciones razonables que le sean posibles para ayudar a la Parte. Si la situación de fuerza mayor durara más de 30 días, Eutilia y la Parte podrán rescindir las partes invariables del Contrato con efecto inmediato.»

<sup>49</sup> Article 605: Conformity *Rules on Services*:

«(1) The information provider must deliver information that is of quantity, quality and description required by the contract.

(2) The factual information provided by the information provider to the client must be a correct description of the actual situation described.»

<sup>50</sup> La manifestación de este ajuste entre modelo evaluado y modelo de referencia toma diferentes formas y determina consecuencias distintas según la actividad de certificación ante la que nos encontremos. Así, en la auditoría de cuentas se puede emitir un informe sin reservas, un informe con reservas o un informe adverso o denegado –LLESCAS ORTIZ, Rafael, *Las cuentas anuales...*, *op.cit.*, pp. 125-135–; en el *rating* de los mercados de valores no hay reglas generales de calificación por lo que pueden emplearse letras, números, palabras o cualquier otro signo informativo, las principales empresas internacionales, *Standard & Poor's* y *Moody's*, presentan sus resultados con letras, otorgando la A a las mejores calificaciones y la C y la D a las más desfavorables –CACHÓN BLANCO, José Enrique, «Análisis jurídico del *rating...*», *op.cit.*, p. 2 –; en la clasificación de buques, el originario sistema de clasificación por letras (A, E, I, O, U), según la categoría en atención a la construcción, se ha ido perfeccionando para sistematizar los indicadores de todas las condiciones del buque que definen su categoría y valor –GÓMEZ PRIETO, M.ª Teresa, «Las sociedades de clasificación de buques», *op.cit.*, describe los procedimientos empleados por las principales compañías internacionales, notas 110 a 112 y texto concordante en pp. 304-306–.

<sup>51</sup> Esta es la diferencia básica con la actividad de consultoría con la que habitualmente se confunde. El resultado de la consultoría es un informe o dictamen emitido con base en un examen del objeto sometido a análisis. Pero su finalidad no se detiene en la mera comprobación del ajuste entre el modelo real y el modelo estándar sino que está primordialmente dirigido a aportar soluciones, recomendaciones y propuestas para alcanzar tal adecuación.

resultado deberá apreciarse en relación con la indicación que de su contenido y presentación se haya incluido en el contrato. En segundo lugar, cuando el prestador trabaje sobre datos o contenidos ajenos que no controla, la conformidad ha de aplicarse exclusivamente sobre los resultados de las actividades de valor añadido que el servicio contratado implica –el ajuste de la búsqueda con la consulta, la delimitación objetiva del informe, la emisión de un certificado completo, la recomendación sobre todos y cada uno de los aspectos expresamente solicitados–. En tercer lugar, la noción de conformidad no se ve afectada por la disconformidad del cliente con el resultado de la actividad (el resultado de la inspección es negativo, el certificado es denegado por falta de observancia de las normas, la nota otorgada es baja), la discrepancia con las propuestas o recomendaciones apuntadas (respuesta desfavorable a una consulta) o la decepción por el escaso valor real de la información solicitada (resultados de una consulta muy pobres, imposibilidad de localizar información que encaje con la petición realizada). Finalmente, la conformidad depende de la aptitud del resultado para satisfacer el uso ordinario de este tipo de «bien informativo» o, en su caso, el uso específico o particular conocido en el momento de contratar o que razonablemente debiera esperarse de las circunstancias que rodearon la petición. Estas expresiones, pensadas para bienes materiales y mercaderías, han de reinterpretarse para que se adapten a la naturaleza de la información (finalidad de la información, carácter, formato de presentación, contenido, redacción, terminología).

## **IX. LA RESPONSABILIDAD POR EL SUMINISTRO INEXACTO DE INFORMACIÓN**

La insatisfacción del derecho de crédito del destinatario de la información resulta de la desviación del programa prestacional o de la prestación defectuosa, imputables al prestador. Para apreciar la desviación del programa prestacional se toman como referencias las pautas descritas con anterioridad. Determinado el incumplimiento, hemos de delimitar los daños resarcibles. La potencialidad dañosa de la información inexacta, particularmente cuando está dotada de un carácter valorativo o de recomendación, exige limitar cuidadosamente la esfera de resarcibilidad que habrá de estar presidida por el criterio de la previsibilidad en el momento de contratar –salvo conducta dolosa o gravemente negligente– (UNIDROIT



artículo 7.4.4<sup>52</sup>; artículo 9.503 PDCE<sup>53</sup>). De no ser así, la economía interna del contrato quedaría rota en un equilibrio desajustado de costes y beneficios, ventajas y riesgos. Los riesgos previsibles quedarán enmarcados por las especificaciones que en el momento de contratar se obtengan sobre el destino de la información, su razonable uso y la condición del destinatario. De ahí que la obtención de completos datos sobre estos extremos resulte durante las fases precontractual y de formación contractual una tarea extraordinariamente recomendable en aras de minimizar la incertidumbre y reducir el efecto sorpresivo de la imprevisión.

Pero indiscutiblemente, el elemento de acreditación más delicada en el juicio de responsabilidad por suministro inexacto de información radica en la causalidad. Alejada de las reglas de causalidad física o material, la información activa un vínculo causal encapsulado en la noción de confianza. La información inexacta es causa de los daños derivados de una decisión fracasada si el destinatario de la información confió razonablemente en la información, negligentemente elaborada, transmitida o interpretada por el prestador para actuar en consecuencia. La vinculación causal que implica la confianza razonable ha de reconstruirse a partir de indicios, síntomas y circunstancias que rodeen la negociación, la perfección del contrato, y el cumplimiento<sup>54</sup>. Advertencias sobre la limitación de la búsqueda o del análisis, la sujeción de la recomendación a otra opinión mejor fundada, la indicación de los riesgos implícitos en la operación o el ofrecimiento de alternativas, la pericia del destinatario y su propia actuación para contratar o confirmar la operación, la sofisticación técnica de los datos, la reputación del informante y la cuantía de la remuneración, son criterios que configuran un juicio de razonabilidad o irrazonabilidad sobre la confianza.

De una u otra forma, aplicando la previsibilidad y la causalidad, los daños derivados pueden ser, no obstante, muy cuantiosos. Ante

---

<sup>52</sup> UNIDROIT Article 7.4.4: Foreseeability of harm:

«The non-performing party is liable only for harm which it foresaw or could reasonably have foreseen at the time of the conclusion of the contract as being likely to result from its non-performance.»

<sup>53</sup> PDCE Artículo 9.503: Previsibilidad:

«La parte incumplidora solamente es responsable de las pérdidas que se hubieran podido prever razonablemente en el momento de la conclusión del contrato como un resultado probable del incumplimiento, salvo que el incumplimiento fuera intencional o gravemente negligente.»

<sup>54</sup> Article 6:109: Causation *Rules on Services*:

«If the information provider knows or should be aware that a subsequent decision will be based on the information to be provided, the breach of duty of the information provider is presumed to have caused the damage, if the client substantiates that, if the provider had provided all required information, a reasonable client in the same situation as this client would have seriously considered taking an alternative subsequent decision.»

este riesgo que amenaza con desincentivar la actividad de informar y que dificulta su propia asegurabilidad, los prestadores incluyen en sus condiciones contractuales pactos limitativos de la responsabilidad. Como negocios jurídicos que excluyen o limitan anticipadamente las causas de la responsabilidad o la cuantía indemnizatoria, han de quedar sometidas a las mismas exigencias de validez de todo negocio jurídico<sup>55</sup>. Además, en la medida que descompensa el equilibrio de las prestaciones contractuales, esta alteración no puede suponer un desbalance injustificado de tal magnitud que deje la relación desprovista de causa<sup>56</sup>. De entre la tipología de las cláusulas limitativas de la responsabilidad, en los contratos de suministro de información se detectan tres modalidades: cláusulas de limitación de las categorías de daños indemnizables que pretenden excluir los daños que se agrupan bajo la denominación de indirectos<sup>57</sup>; cláusulas que afectan a algunas de las condiciones de la reclamación (plazo o forma de exigibilidad)<sup>58</sup>; cláusulas limitativas de la cuantía de la indemnización mediante la fijación de un tope máximo en un valor absoluto o por referencia a un múltiplo de los honorarios pactados<sup>59</sup>.

## X. LA RESPONSABILIDAD POR INFORMACIONES INEXACTAS

A pesar de lo sugestivo y plástico que pueda resultar la propuesta de aplicación de las reglas sobre «daños por productos» a la «información defectuosa», la normativa sobre responsabilidad por productos defectuosos, no parece el marco regulador más acorde

<sup>55</sup> ÁLVAREZ LATA, Natalia, *Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil*, Granada: Comares, 1998, p. 13.

<sup>56</sup> DE CASTRO Y BRAVO, Federico, «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad (La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor)», *Anuario de Derecho Civil*, Tomo 35, Fascículo IV, octubre-diciembre 1982, pp. 987-1085, en p. 1061.

<sup>57</sup> En las condiciones generales de SGS:

«(...) The Company shall have no liability for any indirect or consequential loss (including loss of profit) (...)»

<sup>58</sup> También en el clausulado del contrato de servicios de SGS:

«(...) In the event of any claim, Client must give written notice to the Company within 30 days of discovery of the facts alleged to justify such claim and, in any case, the Company shall be discharged from all liability for all claims for loss, damage or expense unless suit is brought within one year (...)»

<sup>59</sup> En el clausulado de *Bureau Veritas*:

«(...) no podrá exceder en ningún caso de una suma total igual a cinco veces el importe de los honorarios o de las remuneración correspondientes a la intervención que hubiera comprometido las responsabilidades de BVE (...)»

con la naturaleza de los «bienes informativos o informacionales»<sup>60</sup>. En realidad, en el contexto contractual, las inexactitudes de la información han de apreciarse desde la óptica del cumplimiento defectuoso, según lo expuesto.

La cuestión adquiere mayor borrosidad cuando enfocamos el problema desde la perspectiva de un tercero que confiando en la información de la que no fue destinatario directo, adopta una decisión que le ocasiona perjuicios, en la mayoría de los casos, puramente económicos. Esta versión de la responsabilidad se concentra en los supuestos de contratos de certificación donde la triangulación de las relaciones refuerza el efecto de la generación de confianza. El enfoque no puede ser otro que el de la responsabilidad extracontractual<sup>61</sup>.

En estos supuestos, que no pretendemos analizar en profundidad, sino tan sólo señalar, se acumulan varios puntos de fricción.

En primer lugar, la naturaleza de la información, que como bien público no es excluyente y no crea rivalidad en el consumo, amplía de forma inesperada e imprevisible la esfera subjetiva sobre la que recaen sus efectos. En principio, por tanto, si la información no se agota por su uso y los sucesivos usuarios no han de acusar costes por su consumo, mientras que el informante no recibe mayores beneficios por esta expansión sino, de hecho, asume mayor responsabilidad por sus usos ulteriores, el resultado económico es muy previsible: la reducción de la actividad. El régimen de responsabilidad aplicable debe equilibrar estos intereses contrapuestos para dotar de incentivos a la actividad.

En segundo lugar, el vínculo de causalidad no viene marcado por conexiones físicas o materiales sino por apreciaciones subjetivas e indiciarias que conforman una confianza razonable (experiencia del usuario, reputación del informante, advertencias sobre las limitaciones del estudio o de los datos, credibilidad de la infor-

---

<sup>60</sup> CLARK, Alistair M., *Product Liability*, London: Sweet & Maxwell, 1989, pp. 60-63.

<sup>61</sup> La prestación del tercero, no obstante, puede insertarse perpendicularmente en el contrato base, el celebrado entre el solicitante de la información y afectado por ella y sus clientes, de modo que la responsabilidad del informante sea contractual frente al tercero. La STS de 13 de diciembre de 2002 (RJ 2003/375) analiza un supuesto de responsabilidad por deficiente ejecución de un servicio de control de calidad sobre la adecuación de una obra al proyecto y estima que es de naturaleza contractual, porque la actuación del prestador se desarrolla en el marco de un contrato de mandato conferido por la empresa contratista y el comitente. Similar geometría contractual determina la calificación de responsabilidad contractual en la que el Tribunal Supremo, en sentencia núm. 278/2003, de 20 de marzo de 2003 (RJ 2003/2794), estima que incurre la sociedad de clasificación de buques *Bureau Veritas* en relación con el adquirente de un buque con quien había concluido un contrato de prestación de servicios de control de calidad de los materiales para la fabricación del mismo.

mación, obligación de contrastar los datos y solicitar una segunda opinión, importancia de la decisión).

En tercer lugar, la categoría de los daños, puramente económicos, no recibe en todo los ordenamientos un mismo tratamiento sobre su resarcibilidad<sup>62</sup>.

Por todo ello, debemos compartir la opinión de aquellos que proponen un planteamiento basado en la relatividad de la protección<sup>63</sup>, pero no la forma en que se formula. Nuestra tesis retorna a las piezas básicas de la responsabilidad extracontractual. La delimitación de la esfera objetiva y subjetiva de posible impacto de los efectos dañosos de la información no puede ejecutarse, aunque sí preverse para poder adoptar las medidas de diligencia oportunas, *a priori*, pues se basa en el elemento de la confianza (*reliance*)<sup>64</sup>.

<sup>62</sup> Admisibilidad, en gran parte condicionada, por el carácter típico o atípico del sistema de responsabilidad civil de cada ordenamiento. MAGGIOLO, Marcello, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano: Giuffrè Editore, 2003, p. 8. La protección aquiliana de los derechos de crédito ha sido admitida tempranamente por la jurisprudencia española –SSTS de 23 de marzo de 1921; de 4 de mayo de 1973 (RJ 1973/2291); de 12 de diciembre de 1988 (RJ 1988/9427) -, en el marco de un ordenamiento como el español perteneciente a los sistemas atípicos de ascendencia francesa. Frente a los sistemas de tipicidad del ilícito, como los anglosajones y el alemán, en los que a efectos de la responsabilidad extracontractual sólo son relevantes las lesiones de determinados bienes y derechos previstos, el artículo 1902 del Código civil español ampara la tutela de todos los derechos subjetivos, independientemente de su naturaleza real, crediticia o personal, y los intereses legítimos. No obstante, ni siquiera en sistemas atípicos, como también es el italiano, el daño puramente económico, *pura perdita patrimoniale*, *pure economic loss*, ha tenido un encaje inmediato y sencillo. Así, ha sido objeto de larga controversia, la posibilidad de reclamar bajo el sistema de responsabilidad por productos defectuosos, los daños puramente económicos. NOTE, «Economic Loss in Products Liability Jurisprudence», 66 *Col.L.Rev.*, 1966, pp. 917-966 – la jurisprudencia se ha mostrado inicialmente reticente, con algunas excepciones, a admitir la resarcibilidad de los daños puramente económicos con fundamento en *negligence* y en *implied warranty*, prestando, sin embargo, una atención favorable a su reclamación conforme a *strict tort liability* -. No estima recuperable el daño económico derivado del mal funcionamiento del programa en el ámbito de contratos entre empresario, el *Special Committee on Computers and the Law, Tort Theories in Computer Litigation, The Record of the Association of the Bar of the City of New York*, 1983, pp. 426-446. Sobre la dificultades de extensión de los daños resarcibles a los *pure economic losses* en el ordenamiento estadounidense, FANELLI, Lorena, «Il Danno da Computer», en PONZANELLI, Giulio, *La Responsabilità Civile. Tredici variazioni sul tema*, Padova: CEDAM, 2002, pp. 153-178, p. 160.

<sup>63</sup> Por todos, OLMO GARCÍA, Pedro, «Responsabilidad por daño...», *op.cit.*, pp. 318 y 319; PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *La responsabilidad civil de los auditores: extensión, limitación, prescripción*, Madrid: Civitas, 1996, pp. 113-116.

<sup>64</sup> Bajo la óptica de la *reliance* se ha observado así la controvertida responsabilidad de las sociedades de clasificación de buques frente a terceros –COMENALE PINTO, Michele, M., «La responsabilità delle società di classificazione di navi», *Dir.Mar.*, Fasc. I, Gennaio-Marzo 2003, pp. 3-42, la razonabilidad de la confianza se sustenta, entre otras circunstancias, sobre la base del carácter experto y profesional del emisor de la información (p. 39); FEEHAN, Colleen E., «Liability of Classification Societies from the British Perspective: The Nicholas H», 22 *Tul.Mar.L.J.*, Winter 1997, pp. 163-190 (decisión basada en el estudio de tres elementos: previsibilidad (*foreseeability*); *proximate cause*; *fairness in imposing duty of care*); HONKA, Hannu, «The Classification System and Its Problems with Special Reference to the Liability of Classification Societies», 19 *Tul.Mar.L.J.*, Winter 1994, pp. 1-36, desde el denominado *Nordic Approach* (pp. 30 y 31); LÓPEZ DE GONZALO, Marco, «La responsabilità delle società di classifica», *Dir-Comm.Int.*, 11.3,

Como si de un diseño con un compás se tratara, la medida tomada para trazar la esfera es precisamente la causalidad. El elemento de la confianza razonable desempeña la función de imputabilidad atribuida al nexo causal, dada la especial naturaleza de la generación del daño en el caso de informaciones inexactas. La responsabilidad del informante –se dirá, el deber de cuidado– se extiende sólo a determinados usuarios y frente a determinados usos de la información, pues, en realidad, fuera de esta esfera, o se ha diluido la previsibilidad o ha quebrado la causalidad. Creemos que enfocar el problema desde la perspectiva de la causalidad es el modo más adecuado de unificar el tratamiento de todas las modalidades de terceros de confianza y el método más fiable de determinación de la responsabilidad en los supuestos de informaciones inexactas.

Queda, por tanto, insistir en la recomendación de que en el proceso de negociación y redacción contractual de este tipo de contratos de suministro de información, se valore este riesgo y se adopten medidas de prevención que pasan esencialmente por la previsión convencional de usos y usuarios potenciales. Podría además pensarse en la inclusión de cláusulas limitativas o claramente exoneratorias de responsabilidad del informante frente a terceros por inexactitudes en la información suministrada. Nos adentramos entonces en la delicada cuestión de la admisibilidad conceptual de las cláusulas restrictivas en materia extracontractual. La primera observación que debe hacerse es la de insistir en la distinción entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual reglamentada convencionalmente. La previsión en una estipulación o acuerdo de una exclusión, agravación o limitación de la responsabilidad extracontractual que pudiera surgir entre las partes no altera la naturaleza de la responsabilidad regulada que depende de la fuente de la obligación incumplida. La cuestión de su admisibilidad es ampliamente polémica<sup>65</sup> y no parece aún una

---

Luglio-Settembre 1997, pp. 651-672, en p. 658; MILLER, Machale A., «Liability of Classification Societies from the perspective of United States Law», 22 *Tul.Mar.L.J.*, Winter 1997, pp. 75-115, en pp. 111-113.

<sup>65</sup> La argumentación favorable a su admisibilidad se enraíza realmente en una propuesta mucho más ambiciosa tendente a la unificación de los regímenes contractual y extracontractual de la responsabilidad. Sobre este hilo argumental, la aceptación de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad extracontractual se analiza desde la óptica de una aplicación analógica de los principios de validez en materia contractual. Por ello, JORDANO FRAGA, Francisco, *La responsabilidad contractual*, *op.cit.*, p. 417 plantea la admisibilidad como una cuestión de límites, p. 417 e YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid: Dykinson, 2001, admite abiertamente la validez de un pacto atípico de limitación de la responsabilidad extracontractual (p. 370). Aduciendo razones en contra de la admisibilidad de la limitación de responsabilidad en el campo extracontractual por entender inaplicable por analogía el régimen de los pactos restrictivos de la responsabilidad contractual, implícito en los artículos 1102 y 1103 Cc, al ámbito aquiliano, ÁLVAREZ LATA, Natalia, «Cláusulas restric-

cuestión cerrada. Añadido a esta controversia y como presupuesto de su resolución, entendemos que el problema medular en el caso que nos ocupa es, en realidad, un problema de eficacia. En efecto, los pactos en materia de responsabilidad extracontractual, siendo válidos, producirán efectos entre las partes<sup>66</sup>. Pero el supuesto de hecho del que partimos se caracteriza precisamente por la inexistencia de acuerdo previo entre el prestador y el tercero perjudicado. ¿Qué posibilidades de eficacia frente a terceros nos ofrece nuestro ordenamiento? La natural eficacia *inter partes* de las cláusulas restrictivas puede verse desbordada principalmente en varios supuestos: los supuestos de acción directa, que no está prevista con carácter general<sup>67</sup>, sino únicamente en determinados ámbitos<sup>68</sup>, y la oponibilidad de la cláusula restrictiva en las obligaciones solidarias –que provoca una reducción en el *quantum* indemnizatorio–. No concurriendo ninguno de estos supuestos con naturalidad, el planteamiento de la cuestión puede enfocarse desde una perspectiva distinta: la posibilidad de las declaraciones unilaterales de exclusión de responsabilidad, a través por ejemplo de advertencias visibles en la página *web* respecto a terceros que accedan a la misma o en el soporte en que se distribuya el informe, opinión, clasificación o nota.

En primer lugar, la contractualidad esencial de las cláusulas restrictivas de responsabilidad podría salvarse en estos casos admitiendo determinados *facta concludentia* (uso de la *web*) como fórmulas de manifestación del consentimiento<sup>69</sup> (*browse-wrap agree-*

---

tivas de responsabilidad civil», en PENA LÓPEZ, José María (Dir.), (Dir.), *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, Barcelona: Cálamo, 2004, pp. 159-169, en pp. 162 y 163.

<sup>66</sup> Lógica y directa manifestación de la regla de la eficacia relativa de los contratos como acto de ejercicio del poder de autonomía privada, DIEZ-PICAZO, Luis, «Comentario al artículo 1257 Cc», en *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Madrid: Ministerio de Justicia, 1991, pp. 433-436.

<sup>67</sup> Comparten, no obstante, una serie de acciones determinados rasgos genéricos comunes: a). acciones de naturaleza contractual (obligacional); b). entre personas no vinculadas contractualmente entre sí; c). conceden una pretensión a un acreedor contra un deudor de su deudor, sin que se exija el ejercicio previo de la pretensión contra el propio deudor, lo que comporta una alteración de los criterios generales de legitimación activa y pasiva. PASQUAU LIAÑO, Miguel, *La acción directa en el Derecho Español*, Madrid: Editora General de Derecho, 1989, pp. 20 y 21, véanse también las conclusiones de las pp. 100 a 102, así como pp. 103 a 143 sobre la posibilidad de admitir acciones directas «atípicas», no previstas expresamente en la ley.

<sup>68</sup> Artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro, artículo 8 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, artículos 1551, 1597 y 1722 del Cc.

<sup>69</sup> Cláusula 4. Condiciones Generales de Uso ([www.mundoacero.com](http://www.mundoacero.com)):

«4. Por el mero uso de la página [www.mundoacero.com](http://www.mundoacero.com), el usuario manifiesta su aceptación sin reservas de las presentes condiciones generales en la versión publicada en el mismo momento en que acceda a la página web».

Las condiciones generales incorporan variadas cláusulas limitativas o exoneratorias de responsabilidad.

ment) –respecto del pacto atípico de limitación de la responsabilidad extracontractual–. En definitiva, hemos trasladado el problema, de nuevo, a una cuestión de eficacia *inter partes*<sup>70</sup>, en relación, eso sí, con cláusulas limitativas de la responsabilidad extracontractual convencionalmente reglamentadas –tratamiento contractual que en Derecho Comparado se alcanza mediante otras técnicas (*Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritte*– contrato con efecto protector a favor de terceros –en el Derecho alemán; «grupos de contratos» en el Derecho francés)–. Encontramos así cláusulas de exoneración de responsabilidad relativas a la actividad de intermediación técnica de los entes gestores insertas en el contrato de acceso y en los Términos de Uso del sitio web, que reproducen, en mayor o menor medida el tenor de los *safe harbours* previstos para los prestadores de servicios de intermediación (por ejemplo, para el caso español los artículos 14 a 17 LSSICE)<sup>71</sup>.

En segundo lugar, aun carentes del requisito de contractualidad, estas advertencias unilateralmente dispuestas (*warning notices*) pueden cumplir una valiosa función actuando sobre las piezas del

<sup>70</sup> El tercero ya no es tal tercero, sino contraparte de un pacto atípico de limitación de la responsabilidad extracontractual, concluido en virtud de una aceptación por actos concluyentes de una declaración unilateral en tal sentido. Este supuesto, por tanto, es diametralmente distinto al escenario planteado en primer lugar, en el que abordábamos la eficacia frente a terceros, ahora sí, de una cláusula limitativa integrada en un acuerdo celebrado, en nuestro caso, entre el ente gestor y el participante del mercado. Sobre este último supuesto se han elaborado variadas teorías en el contexto anglosajón para superar las exigentes restricciones de la doctrina de la *privity of contract* (la relatividad de los contratos): la teoría de la agencia, la doctrina del *implied contract* y la alternativa de la *vicarious immunity*. LAWSON, Richard, *Exclusion clauses and Unfair Contract Terms*, 5th Edition, London: Sweet & Maxwell, 1998, pp. 55-58.

<sup>71</sup> Por ejemplo, en relación con los enlaces, reproducimos los *Terms of Use* de E2Open ([www.e2open.com](http://www.e2open.com)):

«E2open has not reviewed any sites linked to this site and is not responsible for the content of any such sites. Linking to any other sites is strictly at your own risk».

En cuanto al contenido aportado por los usuarios al sitio *web*, los entes gestores manifiestan su condición de mero intermediario con cláusulas como ésta:

«Covisint does not endorse and assumes no obligation to monitor or filter any User Content posted, or otherwise made available, on or through the Web Site» (*Covisint Website Terms of Use*, [www.covisint.com](http://www.covisint.com))

No obstante, esta insistencia a efectos de responsabilidad de la condición de contenido «ajeno» de la información introducida por los usuarios no evita que el ente gestor de un *e-marketplace* desee mantener su función de supervisión en el entorno de negociación y por ello, afirmaciones con la anterior se completan con la siguiente consideración:

«However, Covisint (or designee) reserves the right (but assumes no obligation) to, at its sole discretion, refuse, edit or remove any User Content, and may take any reasonable action it deems necessary or appropriate with respect to any User Content, that, in Covisint's sole judgment, does not comply with these terms of use, is illegal, or is otherwise undesirable, inappropriate or inaccurate.» (*Covisint Website Terms of Use*, [www.covisint.com](http://www.covisint.com)).

No puede pasar desapercibido el patente desequilibrio creado por una cláusula como la transcrita en materia de apreciación del carácter inadecuado, ilegal o contrario a las condiciones contractuales, de un determinado contenido.

propio mecanismo de la responsabilidad extracontractual. Al debilitar la razonabilidad de la confianza (*reliance*) en la certeza de la información, resquebrajan el vínculo causal entre la actuación del ente gestor y el daño ocasionado al tercero.

## XI. A MODO DE CONCLUSIÓN

En plena madurez de la Sociedad de la Información, ya de camino hacia la anunciada Sociedad del Conocimiento, los contratos de suministro de información adquieren un protagonismo inusitado. Su presencia es visible, pero su aprehensión nada sencilla ante una presentación plurifacética y cambiante. El objetivo pretendido de este artículo ha sido diseccionar esta amplia y atípica categoría contractual para esbozar brevemente los rasgos descriptivos de su fisonomía, que nos descubran la función socioeconómica de estas relaciones contractuales y nos ofrezcan las piezas más básicas de la arquitectura de intereses subyacente. El interés de esta aproximación se nos antoja doble. En primer lugar, facilita la comprensión de una pluralidad de relaciones que su complejidad, su novedad, en ocasiones, y, sobre todo, su atipicidad, alejaban de todo intento de sistematización. En segundo lugar, diseña y construye un mecanismo compuesto por las piezas básicas que nos aporta la teoría general de las obligaciones y contratos, lo que aporta una solidez al análisis que permite recrear con coherencia nuevas modalidades contractuales.

Sobre este esquema contractual hemos asentado la sugerente figura de los terceros de confianza que viene marcando la evolución de los más recientes acontecimientos de los mercados internacionales y se ha convertido en uno de los instrumentos de autorregulación y disciplina más potente de la actividad económica en el entorno electrónico.