

Responsabilidad civil en materia informática

MARCELO BAUZA REILLY

Facultad de Derecho - Montevideo (Uruguay)

I. INTRODUCCION

1. Algunas nociones generales en materia de responsabilidad civil.

La vida en sociedad supone el cumplimiento de obligaciones por parte de sus miembros, obligaciones que a veces encuentran su causa última en el mantenimiento de una serie de virtudes del género humano (deberes genéricos), y otras en el desarrollo pleno y eficaz de los vínculos concretos que asumen aquellos individuos por motivos en última instancia económicos (negocios jurídicos).

Tanto la hermenéutica como la realidad indican un predominio del cumplimiento voluntario, pero cuando éste no se produce aparecen los llamados "subrogados" que consisten en la ejecución *in natura* (aprehensión de bienes corporales, escrituración forzada) y la ejecución *por equivalente* (cláusula penal, indemnización de daños y perjuicios).

Lo expuesto significa que existen dos momentos en la actuación obligacional de las personas. El momento de la conducta comprometida según el orden jurídico general o el negocio jurídico en particular (deuda típica), y el momento de la reparación del daño causado a terceros por nuestro acto (responsabilidad).

Todos los ordenamientos jurídicos prevén este instituto fundamental del Derecho que es la responsabilidad civil, el que siendo, además, de condición

gravosa para el sujeto imputado, conlleva un llamado de atención para que ajustemos nuestra conducta de manera de evitar causar perjuicios a terceros con nuestro accionar.

La noción más clásica de responsabilidad es una noción subjetiva, ya que requiere de la culpa del agente entre sus elementos configurativos, además de la conducta ilícita, la existencia de un daño y de un nexo causal entre la conducta del agente y la verificación del daño. A todo ello se agrega un *onus probandi* particular, en cuanto necesidad ineludible de que el sujeto perjudicado pruebe la existencia de culpa de parte del sujeto que lo perjudica, como requisito para hacer efectiva la responsabilidad de este último en vía compulsiva.

2. Transformaciones de la noción clásica de responsabilidad civil

La evolución del instituto de la responsabilidad civil no es absolutamente novedosa. Nuestros propios codificadores ya cumplieron un papel inicial en este largo itinerario de ensanches al estrecho marco de la responsabilidad por acto propio o personal. Así fue que en tempranas épocas se fue ampliando el elenco de daños resarcibles a aquéllos causados por las personas que uno tiene bajo su dependencia (responsabilidad por hecho del dependiente, o hecho ajeno), y también a aquéllos causados por las cosas de las que uno se sirve (guarda).

Algunos autores fincan estas especies derivadas de responsabilidad en un deber genérico de garantía, extraño a la esfera subjetiva de la culpa. Con todo, es posible transitar por estas categorías sin abandonar totalmente el requisito de la culpa, puesto que, aún en tales casos, si se prueba una actuación preventiva del daño por parte del sujeto encargado, cae la presunción legal de culpa de dicho encargado, quien se verá así exonerado de su obligación de responder. Para encuadrar esta actuación preventiva el codificador apela, como en otras oportunidades, al standard jurídico de la "diligencia del buen padre de familia". Claro está que se trata de una presunción legal de difícil destrucción y que, al menos en la jurisprudencia uruguaya, no es nada fácil de remontar.

Pero en lo que nos interesa, el sector de la responsabilidad civil viene experimentando una evolución muy marcada a lo largo de los últimos treinta años y que, siguiendo al Profesor ALPA, podemos decir que se manifiesta en dos grandes rubros: 1) la diversificación de los intereses protegidos y 2) la pluralidad de criterios de imputación asumidos junto al clásico criterio de la culpa, utilizando para ello nociones de muy diverso origen -incluso exorbitando el propio reducto de la responsabilidad civil- en aras de ofrecer tutela jurídica allí donde aparece un daño a reparar.

Y es que con el progreso de la industria y de las relaciones socioeconómicas en general la noción tradicional vino a resultar insuficiente. La propia teoría de la guarda resultó reformulada a través de la distinción francesa entre "guardián de la estructura" y "guardián del comportamiento". Este desdoblamiento permite ver al fabricante industrial como un sujeto que conserva responsabilidad respecto del primer enfoque, no así en el segundo al haberse desligado con la comercialización de su producto del control sobre el mismo.

La necesidad de proteger vastos sectores sociales abrió camino hacia nuevas ramas de estudios, donde la tutela jurídica también resulta reformulada. Aparecen conceptos novedosos como la llamada "responsabilidad sin culpa" o "responsabilidad objetiva", utilizada en numerosos sectores de actividad y que, en el caso de los proveedores o fabricantes, encuentra un doble orden de argumentos favorables para su aplicación:

1) Por un lado tenemos que es el productor, y no otro, quien está en mejores condiciones objetivas de apreciar los defectos de su producto, e incluso de afrontar el riesgo de daño a terceros que su producto pudiere ocasionar, previendo sobrecostos, seguros, etc. Véase aquí la emergencia de la "teoría del riesgo", y en especial del "riesgo industrial o empresarial", que supone poner de cargo de quien detenta y organiza ciertos medios de producción con miras a obtener un provecho económico, la reparación de eventuales daños que esa actividad causare, sea de modo directo, o bien trasladando la carga impuesta (v.g. seguros).

2) De otra parte, los métodos comerciales se basan en la confianza del cliente a través de una publicidad que promete buena calidad o performance del producto, siendo tal publicidad controlada por el productor. Es lógico en tal caso que el Derecho acuda en beneficio de la parte débil (el consumidor), quien basa su comportamiento en las seguridades y bondades prometidas con el acto de oferta.

Otras construcciones de diverso origen vienen a enriquecer, también, este complejo panorama con que se delinea actualmente el ámbito de la responsabilidad civil por daños. Prueba de ello es la aparición en muchos países de toda una serie de regulaciones especiales, tales como la responsabilidad profesional, el derecho de los consumidores, el derecho de concurrencia o competencia, el derecho de empresas, etc.

A este respecto, y para la materia que nos ocupa, resulta del caso observar cómo juegan los principios de la "responsabilidad profesional" en correspondencia armoniosa con los del "derecho de los consumidores", dos ramas relativamente novedosas en el mundo jurídico, y no siempre legisladas en los órde-

nes internos. Aunque -por lo general- aplicadas de un modo u otro a través de la asunción de los incuestionables y justos principios que las sustentan. Así tendremos que, a quienes cumplen una función profesional en el sector informático (fabricantes, servidores, operadores de red, brokers, etc.), será dable exigirles una diligencia superior a la media para la prestación de sus actividades. Normalmente no podrán exonerarse de responsabilidad, particularmente frente a consumidores, identificados éstos con los usuarios finales del servicio. En cambio sí podrá haber exoneración de responsabilidad en las negociaciones que involucren a los profesionales entre sí.

Como línea de discurso con proyecciones en materia de responsabilidad, se ha llegado a proponer -incluso- la consideración de la elaboración electrónica como actividad peligrosa. No compartimos tal postura, ya que, en realidad, lo que puede ser peligroso es la actividad que, valiéndose de la elaboración electrónica, origina riesgos, en la misma medida que si fuese confiada a una acción mecánica o humana. Reconocemos, no obstante y en parte, lo expuesto por el Profesor BERGEL, en cuanto a que se hace difícil adoptar una postura unitaria en torno a este tema de la peligrosidad, debido a la diversidad de situaciones en las que interviene la informática, pudiendo llegar a configurar en algunos casos un riesgo adicional, merced a la automaticidad que impregna en aquellos procesos en los que interviene.

3. Responsabilidad informática, una red en paralelo

Resulta un hecho constatable -y hay juristas que lo han puesto de relieve- que a la intrincada red de productos y servicios con componente informacional, informático o telemático se le ha venido agregando en paralelo -y por lógica consecuencia- una no menos complicada trama de responsabilidades jurídicas entre los diversos partícipes de estas actividades.

Tenemos, así, a fabricantes de software, titulares de bancos de datos y otros servicios, titulares o autores intelectuales de los datos brutos, dueños o permisarios de las líneas e infraestructuras vinculadas a las telecomunicaciones, y -en fin- clientes y usuarios o afectados finales por cualesquiera de estas extendidas actividades en las que interviene el ordenador electrónico. Cada uno con su respectiva esfera y modalidad de responsabilidad.

Analizaremos algunas de estas figuras vinculándolas con aquellas formas de actuación de las mismas que son susceptibles de ocasionar un daño y, por lo tanto, de desencadenar mecanismos de responsabilidad civil. Como se podrá fácilmente colegir, la enorme cantidad de situaciones diferentes que pueden darse en

la práctica, sumado al incansante avance de las tecnologías, determina que resulte poco menos que imposible cualquier intento de abarcar demasiadas hipótesis dentro del marco acotado de un estudio como el encarado en esta oportunidad.

Nos anima tan sólo el propósito de detectar algunos de los problemas existentes, y exponer con cierta sistematicidad aquellas soluciones que la doctrina y el derecho comparado han venido manejando en la materia con mayor consenso. Se comenzará por delinear ciertos rasgos generales de lo que podemos convenir en llamar "daño informático" (apartado II), para luego ingresar a lo que -a nuestro juicio- constituyen los tres grandes sectores o fuentes principales de responsabilidad en la materia, esto es,

- la fabricación, o puesta a disposición por cualquier modo, de computadoras y soportes lógicos de información, es decir hardware y software (apartado III),

- el uso de las telecomunicaciones en el transporte automatizado de la información alfanumérica, de imágenes, sonidos o combinada, es decir la telemática (apartado IV),

- el manejo de informaciones y datos que conforman la materia prima de todo circuito informacional, y que en el mundo actual se organiza a través de bancos de datos u otros productos similares (apartado V).

II. LA EMERGENCIA DE UN DAÑO INFORMATICO

1. Derecho y cambio tecnológico

En la época en que nuestros codificadores pensaron y estatuyeron los cuerpos legales que aún nos rigen no era posible que imaginaran este convulsionado mundo post-industrial de nuestros días. No pudieron, pues, vislumbrar el inmenso campo de actividades susceptibles de originar un daño, ni la gravedad y extensión subjetiva de este último. Tampoco pudieron avizorar las diferentes modalidades que pueden asumir (y asumen) tales daños, imponiendo un renovado desafío al Derecho en cuanto a transmutar viejos conceptos en argumentos de convivencia vigentes y eficaces.

Dentro de este orden de consideraciones es interesante apreciar cómo, de una manera u otra, el instituto de la responsabilidad civil sobrevive a pesar

de sus drásticas reformulaciones fruto de la mutación formidable vivida por la sociedad en los últimos tiempos. Incluso antecediendo y preparando la intervención legislativa. Compartimos con el Profesor ALPA esta observación, en el sentido de que, dada su plasticidad y capacidad de adaptación, el sistema de la responsabilidad civil puede sustituir, o cuanto menos preparar, la intervención del legislador en aquellos sectores donde todavía no existe normativa. Siendo así, las reglas de la responsabilidad civil bien pueden ofrecer al intérprete preciosos instrumentos para asegurar una disciplina que, si no es orgánica, al menos es tempestiva, respecto de los fenómenos nuevos creados por la difusión de las técnicas informáticas.

2. Informática y Derecho de Daños

Una vasta actividad con existencia independiente y, además, insertada capilarmente en prácticamente todos los sectores del quehacer humano. Nos referimos, claro está, a la Informática. Y siendo éste su ser propio e irreversible, sería prácticamente milagroso que no se produjeran algunas anomalías en ocasión o a causa de su utilización.

He aquí una prevención a tener en cuenta. No practiquemos el mal agüero. Lo normal es que la Informática arroje beneficios. La excepción es que produzca daños. Véase que su propia naturaleza lleva ínsita tal tendencia hacia el beneficio, puesto que todo su fundamento reposa en las ciencias exactas. Por lo general no se derivan daños de aquellos elementos que funcionan con exactitud.

No obstante ello, es procedente tener en cuenta el acaecimiento de infortunios. ROSELLO señala entre otros:

- un operario de una cadena de montaje automatizada resulta flagelado o muerto a consecuencia de un defecto en el software que controla o acciona la máquina.

- por causa de errores en el programa de contabilidad, el sistema se bloquea y la empresa se paraliza por un período de tiempo.

Pero hay otras situaciones dañosas, además de aquéllas que derivan de problemas en el hardware o software:

- una persona se ve impedida de obtener un crédito a consecuencia de una información errónea sobre su conducta comercial incluida en el *clearing de informes*.

- un abogado pierde el litigio por no haber consultado el banco de datos que contenía la jurisprudencia pacíficamente seguida por los tribunales en la materia objeto de ese proceso.

Las situaciones se multiplican en gran numero. En este trabajo se analizarán algunas de ellas solamente.

III. RESPONSABILIDAD CIVIL POR DEFECTOS DE FUNCIONAMIENTO DEL HARDWARE Y SOFTWARE

1. Daños originados en defectos del hardware

En un esquema de cierta simplicidad, no tan cristalino en la realidad, se puede convenir que los defectos de hardware constituyen "vicios de la cosa", lo que nos estaría remitiendo a consideraciones jurídicas en buena medida pacíficas y tradicionales, aplicables sin mayores problemas a este artefacto tecnológico que es el ordenador electrónico. Este último -no obstante su complejidad- no deja de ser siempre una "cosa". Siendo así, en caso de que el daño se le ocasione al adquirente del equipo a través de un funcionamiento defectuoso de éste, estaremos frente a una hipótesis de responsabilidad contractual. En cambio, si se le ocasiona a terceros vinculados por meras circunstancias de hecho con el detentador del equipo informático, se apicararán las reglas y principios de la responsabilidad extracontractual.

Lo peculiar en la materia es que, tratándose de hardware, estamos ante un producto que requiere pericia de manejo y mantenimiento. Por lo que podrá darse un concurso de culpas entre el productor y aquel usuario que no cumple adecuadamente con ciertas previsiones técnicas (sustitución de piezas, mantenimiento tempestivo, manipulación prudente, etc.). Incluso puede darse el concurso de culpa del productor del software, cuyo programa provoca distorsiones en un material ya predisposto hacia tales irregularidades.

2. Daños originados en defectos del software

2.1. Una actividad de difícil caracterización jurídica

Aún cuando muchos disfuncionamientos informáticos encuentran su origen en causas combinadas de defeción hardware-software, o en la zona de frontera cada vez mas explotada del denominado "firmware", lo cierto es que la

responsabilidad civil en materia informática se presenta vinculada por los autores con mayor detenimiento al sector del software.

Indudablemente que la problemática del asunto es mayor en este renglón que tratándose del soporte físico. Existe una dificultad en individualizar responsabilidades tratándose de software erróneo. A la circunstancia de que se trata de hechos muchas veces de difícil reconstrucción, se le agrega la falta de consenso acerca de la naturaleza jurídica del software. Y sobre esto último no cabe optar por una fácil prescindencia del problema, desde el momento que es absolutamente necesario establecer una relación entre la causa del daño (v.g. el software), y los sujetos que tienen algún tipo de derecho sobre la creación y uso de tal producto.

Muchos autores se plantean la interrogante de si la producción de software como actividad profesional es de naturaleza intelectual, comercial o industrial, dependiendo de la respuesta en uno u otro sentido el régimen jurídico a ser aplicado, con connotaciones diferentes en uno u otro sector. Asimismo se preguntan si estamos frente a un producto o a un servicio.

Sin perjuicio de que trataremos el tema en otra parte de esta ponencia, resulta destacable apuntar desde ya que la doctrina francesa sostiene una concepción patrimonial de la información, y por lo tanto de todos los instrumentos que sirven para organizarla, aún aquéllos inmateriales. Se la considera un bien jurídico susceptible de apropiación, que tiene su mercado, su valoración económica discriminada según calidades, y -en fin- todas las propiedades que hacen de la misma un producto autónomo y anterior respecto de los servicios a los que pueda prestarse. Pero la tesis no es pacífica en el derecho comparado. Hay discusiones ya que no resulta fácil armonizar todas las consecuencias que, el plano jurídico, tal concepción acarrea.

2.2. Los sujetos responsables en el entorno del software

Aquí nos cumple simplemente distinguir las diferentes categorías de sujetos que intervienen en la producción, comercialización y uso de los programas informáticos:

- 1) el creador del programa como obra de su intelecto;
- 2) el productor o empresa que pueden no ser la misma persona que la anterior (creaciones intelectuales bajo régimen de dependencia laboral);
- 3) los vendedores, distribuidores, importadores, proveedores, etc.;

4) el instalador (a veces coincidente con alguna de las figuras anteriores, a veces no);

5) el usuario

6) eventualmente, el encargado del mantenimiento (igual observación que para el instalador).

Como es obvio, estos sujetos promueven diversas relaciones jurídicas entre sí, y cada uno de ellos puede contribuir potencialmente a la emergencia de malos comportamientos del programa informático, disfunción que -a su vez- podrá determinar o no el acaecimiento de algún daño. La consecuencia de principio es que resulta justo que cada uno responda por el sector de actividad que ejérce o está bajo su égida.

2.3. Posibles defectos del software

Se ha intentado establecer una definición de lo que es un "defecto de programa", pudiendo convenirse que se trata de una desviación de la estructura prevista, o sea de aquellas funciones para las cuales el programa fue pensado y creado.

Los defectos o vicios del software que desencadenan un daño pueden estar radicados en alguno de los siguientes elementos:

- 1) error en la concepción algorítmica o código fuente;
- 2) escritura defectuosa de una instrucción o rutina en el código objeto;
- 3) error de grabación en la matriz o en alguna de sus copias;
- 4) instalación defectuosa del programa;
- 5) utilización defectuosa del programa.

Este encuadre determinará las esferas de responsabilidad según el sujeto a cuyo ámbito corresponda imputar el problema. Pero existe una hipótesis en la que siempre se dará la reparación, si es que no habido un uso del programa anormal o imprudente por parte del usuario. Se trata del caso en que el programa informático está sujeto a cierto control de calidad, al estilo de otros productos industriales. Este control se pone a cargo de entidades confiables y prestigiosas, tanto por su nivel técnico como por su imparcialidad (asociaciones de productores de software, o de grandes usuarios). No es frecuente, aún, observar en la práctica la existencia de estos controles para los programas de computación, no obstante existir ya algunas experiencias reconocidas (ej. Alemania).

2.4. El nexo causal en materia informática

Se trata de un requisito clásico imposible de soslayar en materia de responsabilidad, y que asume modalidades diferentes según se trate de software destinado a gestionar actividades bajo control humano (manejo de informaciones), o bien a accionar máquinas sin mayores intervenciones del hombre (automática, robótica). La distinción se impone claramente para determinar el tipo de responsabilidad jurídica emergente en uno y otro caso.

Tratándose de un programa destinado a la gestión de informaciones, cualquier defecto de funcionamiento de aquél se traducirá en la inexactitud de las informaciones suministradas por el sistema, las que de una forma u otra serán controladas por un operador humano. Esta intervención humana, aunque más no sea en la provisión de informaciones iniciales al sistema, es la que descarta la posibilidad de acudir a la responsabilidad objetiva, ya que no estamos en presencia de una causalidad directa.

En cambio, tratándose de programas aplicados a procesos sin primordial intervención humana (cadenas de montaje, dispositivos electrónicos en cualquier ingenio o artefacto, mecánico o eléctrico), resulta coherente acudir a los criterios de la responsabilidad objetiva, ya que estamos en presencia de un nexo causal entre el hecho dañoso y el perjuicio ocasionado, apreciable de modo directo e inmediato.

Quedará siempre vigente y expectante el desafío de la técnica, en cuanto a que cada vez son mayores las dosis de autonomía en los programas informáticos (sistemas expertos, inteligencia artificial), por lo que puede llegar a resultar difícil la imputación subjetiva de responsabilidades por daños causados por este tipo de programas.

2.5. Software ¿producto o servicio?

Uno de los problemas a resolver es si los programas de computación son un "producto" o un "servicio". La distinción no es anodina ya que de la decisión en uno u otro sentido dependerá el régimen jurídico aplicable a toda la contratación relativa a este sector de actividad, y por ende al instituto de la responsabilidad.

En realidad, el software (sea de base como aplicativo) se presenta en las operaciones económicas de las que es objeto de variadas formas. Puede estar estrechamente ligado al hardware, o simplemente incluido en el contrato de este último, cuando es vendido o licenciado como paquete; en tal caso se lo conside-

rará parte del objeto de un contrato unitario, que refiere a un producto. Igualmente se lo considerará como producto cuando se lo venda de modo masivo y bajo formatos standarizados por las *software houses*. Y todas estas hipótesis configuran campo propicio para recurrir a criterios de responsabilidad objetiva, que tienen que ver con ciertos fines propios de la elaboración industrial (racionalización de la producción en cadena, distribución social del riesgo derivado de la producción en masa).

En cambio, cuando se trate de un software elaborado a medida, el sentido común indica que debería ser tratado como un servicio, dado el número restringido de usuarios al que va dirigido, y la consideración de las exigencias específicas de tales usuarios. No hay aquí rasgos industriales, es decir que están ausentes la repetición standarizada y el impacto sobre un público vasto, propios del producto industrial. Incluso se discute aquí el dominio de este tipo de programas, confeccionados en colaboración muy estrecha con el usuario destinatario (obra colectiva, obra en colaboración). Estaremos, pues, frente a un contrato de servicio u obra, o bien un denominado "contrato de empresa" en aquellos regímenes que -como el francés- regulan con detalle este tipo contractual.

Cuanto más complejo y sofisticado sea el programa más se alejará la posibilidad de una aplicación mecanicista de aquellos elementos que hacen a la responsabilidad, y por ende del campo de la responsabilidad objetiva, pudiendo aplicarse -en cambio- nociones propias del ámbito de la responsabilidad profesional.

2.6. Régimen de los EE.UU y de la Unión Europea

El *Restatement of Torts (second)* de 1965 establece el ámbito genérico de la materia dentro del derecho norteamericano, esto es la responsabilidad por productos defectuosos (sección 402).

La aplicación de este régimen dependerá, justamente, de que estemos frente a un producto, y no frente a un servicio en donde se aplican las reglas de la responsabilidad profesional, más favorables al prestador del servicio que al destinatario del mismo. Tratándose, pues, de un producto, sólo es responsable el vendedor, quien debe asegurar que el producto llegue al extremo final de la cadena comercial (v.g. el usuario) sin modificaciones relevantes.

Se distinguen varios tipos de defectos, a saber:

1) defectos de fabricación: un producto singular resulta defectuoso respecto de otros ejemplares sanos de la misma serie;

2) defectos de proyecto: los cuales provocan que todas las unidades de la serie proyectada estén viciadas;

3) defectos de información: son los referentes a la enseñanza para el correcto empleo del producto.

La *Uniform Products Liability Act* de 1979 modifica en parte este régimen, circunscribiendo la responsabilidad objetiva a los defectos de fabricación, mientras que para las restantes categorías se tendrá en cuenta el llamado "estado del arte".

Esto significa que, en materia de "defectos de proyecto", al tiempo de constatarse el posible defecto, se lo evaluará desde el punto de vista de las posibilidades tecnológico-competitivas al alcance del productor para recién después decidir si se genera o no responsabilidad. En suma, se exigen las mayores seguridades para encarar proyectos de producción siempre que las mismas resulten plausibles en complejos términos comparativos, los cuales involucran factores tales como los nuevos riesgos que supone la técnica novedosa, la necesidad de no frenar el progreso tecnológico, los costos en juego, etc.

La *Directiva Comunitaria N° 374 sobre responsabilidad por productos defectuosos* del 25-07-985 consagra también un régimen de responsabilidad objetiva bajo determinados requisitos similares a los estipulados en el derecho norteamericano. El daño resarcible está limitado a la muerte o lesiones personales, y a la destrucción o deterioro de bienes diversos al producto defectuoso.

Se excluyen del resarcimiento, pues, los daños puramente económicos, lo cual viene a constituir un límite pragmático muy grande para la aplicación de esta norma al soporte lógico, en tanto la mayor parte de los daños ocasionados por la actividad informática son de aquel tipo.

La *Propuesta de Directiva Comunitaria sobre responsabilidad de los prestadores de servicios* es del año 1990, y tiene aspectos en común con la norma antes enunciada referente a productos. Se considera que la empresa prestataria del servicio está en mejor posición como para prevenir el riesgo o atemperar sus consecuencias, y que existe una situación de debilidad en la posición del sujeto dañado, sin conocimientos específicos acerca del entorno técnico que hace al servicio. No obstante ello, en este campo de los servicios vuelve a adquirir vigencia la noción de culpa, aunque reformulada bajo los exigentes parámetros de la responsabilidad profesional.

Esta propuesta normativa otorga una mayor protección en cuanto al

tipo de daños, eliminando la excepción existente para los productos en cuanto al daño puramente económico, que en este caso se prevé como resarcible siempre que sea una consecuencia directa del hecho dañoso. Vuelve a plantearse, entonces, una posible aplicación jurídica eficaz tratándose de daños ocasionados por un software defectuoso, que la Directiva de 1965 no permitía.

IV. RESPONSABILIDAD POR DEFECTOS EN LA ACTIVIDAD TELEMATICA

1. La actividad telemática

El paradigma de las operaciones telemáticas lo dan los llamados sistemas de "videotexto interactivo", a cuyo análisis en materia de responsabilidad civil nos dedicaremos en el presente apartado.

Se trata de aquellos servicios y productos donde el usuario desarrolla cierto intercambio de informaciones con el sistema, en lugar de ser un simple consumidor o afectado pasivo de cierta actividad generada exclusivamente por el sistema informático. La noción comprende también la característica de que se trata de un intercambio "a distancia", vale decir que en realidad el usuario no dialoga -o no lo hace exclusivamente- con el artefacto que tiene delante de sí, el cual constituye una interface en mayor o menor grado con los comandos centrales del sistema, ubicados en lugar diferente, dentro o fuera de fronteras incluso.

A esta categoría pertenecen una serie de actividades bastante representativas en su conjunto de lo que se denomina genéricamente "telemática", esto es los bancos de datos, las transferencias electrónicas (fondos bancarios, transacciones comerciales, E.D.I., etc.), las mensajerías y otras.

2. Los sujetos interviniéntes

Los sujetos que intervienen en estas actividades se distinguen según la función que ocupan o desarrollan en el cumplimiento global de las mismas. Sin perjuicio de que, frecuentemente, puede verse a un mismo sujeto ejerciendo varias funciones, de principio diferentes, en forma simultánea.

Tenemos, de esta manera, las siguientes figuras:

1) "Servidor": Es quien administra uno o más servicios o productos informáticos disponibles en el mercado, a través de alguno de los sistemas de telecomunicaciones disponibles en el estado actual de la técnica (telefonía, saté-

lites, cable, etc.). Cuenta para ello con una infraestructura adecuada, consistente -entre otras cosas- en las llamadas *puertas*, que permiten organizar eficientemente las entradas de los múltiples usuarios a los diversos servicios de consulta o transacción.

2) "Transportador": Es quien dispone o mantiene la red de telecomunicaciones que utiliza el servicio, sea en régimen de propiedad (entes estatales, o en carácter de permisario (empresas privadas o entes mixtos).

3) "Productor de bases de datos": Recoge las informaciones desde diversas fuentes y las somete a un tratamiento uniforme que permitirá, a su vez, la consulta o manejo de la misma a través de medios automatizados.

4) "Intermediario o 'broker'": Selecciona por encargo, o para un público especializado, las informaciones requeridas por su clientela, aprovechando mediante previsiones contractuales o jurídicas *lato sensu*, la extensa oferta puesta en el mercado por un numeroso elenco de productores y servidores. Su existencia se justifica ante la proliferación desmesurada de los anteriores, cada cual con sus protocolos de acceso diferentes unos de otros, lo que hace necesario poder contar con un experto en materia de consultas electrónicas a los bancos de datos. El usuario común no posee personalmente, por lo general, esta competencia, cuando se trata de dominar diversos y numerosos códigos y metodologías de consultas a un tiempo. Por lo demás, estos intermediarios permiten un "barrido" más completo de las informaciones disponibles en diferentes productores y servidores. Y todo ello en términos más económicos de lo que supondría la afiliación particular a cada uno estos múltiples ofertantes.

5) "Usuario": Beneficiario del servicio, que lo utiliza a través de un terminal conectado al servidor de la información (banco de datos) o al gestor de las transacciones (transferencias, telecompras, mensajerías, etc.).

3. Formas de actuación de estos sujetos

Obviamente estamos ubicados mayormente dentro del ámbito de la responsabilidad contractual, pero no siempre se observan vínculos convencionales específicos entre todos estos sujetos.

En principio tenemos una cadena de negocios jurídicos: el "productor" concede la distribución de su producto al "servidor", quien a su vez contrata la utilización de algún canal o infraestructura telemáticos con el "transportador",

siendo éste, finalmente, quien pone físicamente a disposición del "usuario" el contenido informacional del producto o servicio.

Aparecen variantes, en cuanto a que el usuario puede contratar directamente con el servidor o broker el uso del banco de datos, pero otras veces no existe tal contrato sino una simple facturación por uso de la red, en términos de tiempo de conexión, tipo de servicio, etc. En este caso, el pago del servicio se hace directamente al transportador, quien divide costos y ganancias con el titular o servidor de la base de datos.

En los países que han evolucionado en esta materia, poniendo a disposición del público consumidor un gran número y variedad de productos y servicios de este tenor, se observa una puja importante en pos de la exoneración o limitación de la mayor cantidad posible de responsabilidades.

En los países que han evolucionado en esta materia, poniendo a disposición del público consumidor un gran número y variedad de productos y servicios de este tenor, se observa una puja importante en pos de la exoneración o limitación de la mayor cantidad posible de responsabilidades. Al igual que en otros sectores de la contratación informática, ello se hace a través de cláusulas contractuales dispuestas al efecto (hecho del cliente, hecho de terceros, defectos del material ajeno en que se apoya el servicio, y otras).

Dependerá del poder de negociación de cada parte contratante, el llegar a obtener o no dicha exoneración, o en su caso cierta limitación de responsabilidad. En todo caso se reproduce aquí también la discusión acerca de la validez o no de dichas cláusulas, particularmente cuando involucran un consumidor no profesional.

Los posibles desperfectos en los insumos empleados en las comunicaciones (software de redes, cables de tendido, etc.), hace que los servidores se cubran contractualmente con sus proveedores practicando ciertas exigencias:

- "agreements" o sea certificaciones de calidad del producto o material empleado, según tuvimos oportunidad de mencionar en un apartado anterior refiriéndonos a la responsabilidad por defectos del software.

- compatibilidad entre las diferentes piezas del sistema, y preferencia por aquellos sistemas de tipo abierto, que aseguran las menores dosis posibles de dependencia hacia uno, o unos pocos, proveedores.

4. Dificultad de individualización del hecho dañoso

Tratándose de una actividad telemática, el problema que muchas veces se observa en la práctica es el de poder determinar dónde está ubicado tanto el daño como el hecho dañoso, en atención a la multiplicidad de elementos técnicos y humanos que intervienen entrelazadamente en cualquier rutina, por simple que sea.

Un mismo defecto producido en determinado sector del circuito telemático puede arrojar múltiples y diferentes perjuicios, sea al propio titular de la red (transportador) como a los sujetos que actúan en cada extremo de la línea (servidor y usuario). En principio, cada sujeto deberá soportar los riesgos que origina directamente la actividad que está bajo su égida, debiendo cubrir los daños causados a quien se sirve del sector de actividad que aquél dirige, incluso los provenientes de una mala calidad o vicios en los materiales aportados por terceros proveedores.

Todo ello sin perjuicio de eventuales exoneraciones o limitaciones, de las responsabilidades profesionales en juego, y de la mayor o menor protección del consumidor, según quedara visto en párrafos superiores.

5. Responsabilidad del transportador y del servidor

Son los sujetos claves de la actividad telemática, sobre quienes debemos posar la principal reflexión a fin de establecer sus respectivas áreas de responsabilidad.

El "transportador", también llamado "operador de red", juega un rol técnico y administrativo según ya se vio, poniendo a disposición el sistema de telecomunicaciones, y ocupándose -a veces en exclusivo- de la facturación del servicio.

Este transportador será responsable por todo lo tocante a la confiabilidad de la transmisión, esto es por todos los aspectos técnicos relativos a la seguridad en la infraestructura puesta a disposición de servidores y usuarios, o sea la red externa. No lo será en caso de posibles defectos originados en las redes internas que aquéllos incorporasen a la primera.

Siendo así, deberá responder por:

- la identificación y autentificación de los usuarios, que hace las veces de autorización para el uso del sistema, asegurando la aceptación de las consultas y la expedición concomitante de las respuestas a éstas.

- la integridad de los mensajes e informaciones frente a posibles pérdidas o alteraciones ocasionadas por desperfectos técnicos.

La normalización de redes y equipos es un factor trascendente, como que a la hora de las estadísticas su ausencia resulta un índice significativo en la lista de principales fuentes de daño.

También lo es la capacidad de algunos sistemas de telecomunicaciones en cuanto a mantener el mensaje a pesar de las "caídas de línea", regenerando lo que se hubiera perdido. En fin, la normalización de los propios mensajes, así como la utilización de programas o metodologías destinados a detectar errores de transmisión, son otras tantas exigencias, compartidas a veces con los servidores.

Pero este transportador, en cambio, no domina el contenido informativo del servicio. No cabe hacerle exigencias sobre este aspecto. En cambio deberá velar, sí, por que el servidor respete aquellas disposiciones normativas relativas a la oferta de servicios, contenidas tanto en los contratos pasados entre estos dos actores, y en los códigos deontológicos del sector.

El "servidor", por su parte, deberá responder dentro de ciertas pautas racionales que no atenten contra el deseable progreso de la tecnología y la libertad informática, debiendo asegurar los siguientes aspectos:

- confidencialidad de las consultas del cliente y sus respuestas;
- intangibilidad de las informaciones que difunde;
- en general, responderá por el buen funcionamiento del servicio según los standards alcanzados por el sector profesional y el grado de evolución tecnológica (tiempos de acceso razonables, tasa reducida de indisponibilidad de la información consultada, reposición tempestiva de informaciones erróneas o alteradas, etc.).
- mala formación o asistencia al cliente.

Para todo este sector de actividades puede sostenerse que la mayor parte de las obligaciones en juego son "obligaciones de medio", y no "obligaciones de resultado". Por lo tanto, los sujetos técnicos o profesionales de esta gran trama de contratos y responsabilidades cumplen con poner a disposición materiales y metodologías de buena calidad, pero no responden por una efectividad ciento por ciento de sus servicios, más allá de ciertos parámetros evolutivos que van proporcionando las reglas del arte, la economía del sector, los esfuerzos de asociaciones profesionales a través de campañas y códigos deontológicos, etc.

6. La figura del usuario

Debemos hacer alguna referencia a los usuarios de servicios o productos telemáticos, quienes también tienen responsabilidades a su cargo. Las mismas pueden derivar del hecho de no contar -por ejemplo- con los elementos de hardware o software adecuados o requeridos por el servidor. Incluso por carecer de aquellos implementos meramente complementarios pero que aseguran el correcto funcionamiento del sistema, como puede ser un estabilizador de la corriente eléctrica.

Igualmente por lo que atañe a la guarda jurídica de aquellos elementos cuyo descuido puede abrir un camino de acceso no autorizado al sistema informático, como lo es el número de identificación personal, y la propia custodia de la tarjeta magnética.

Obviamente este usuario será responsable, también, por el abono del servicio contratado, el que deberá verter conforme al acuerdo contractual extendido al efecto.

V. BANCOS DE DATOS Y RESPONSABILIDAD CIVIL

1. Diferentes situaciones y diferentes soluciones

El "banco de datos informatizado" constituye un prodigo capaz de proveer informaciones en volumen y rapidez no conocidos hasta su aparición y difusión.

En orden a sistematizar de alguna manera las posibles fuentes de responsabilidad civil que puede generar esta especial forma de manejar informaciones, cabe hacer una primera distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual.

En el plano contractual podemos distinguir dos hipótesis de responsabilidad del productor, de las cuales trataremos por extenso la primera, no así la segunda:

- 1) frente al titular de una información privativa incorporada al banco de datos;
- 2) frente al usuario del banco de datos.

Mientras que, en el plano extracontractual, la cuestión evoca toda la problemática vinculada a la afectación del derecho a la intimidad. Tampoco abordaremos en detalle este aspecto, por lo demás tratado uno de los temas más caros al Derecho Informático sobre el que existen profundos y sistemáticos estudios puntuales.

2. Responsabilidad del productor frente al titular de la información

Existen informaciones de dominio público y, por lo tanto, de uso libre y sin contraprestación alguna. Es el caso, por ejemplo, de las normas de derecho positivo de un país tal cual son publicadas oficialmente, vale decir sin una organización especial, ni aditamentos de anotaciones o comentarios que signifiquen un valor agregado. También resultan de uso irrestricto aquellas informaciones contenidas en obras del intelecto que no están protegidas por el Derecho Autoral, sea por falta de originalidad, sea por haber transcurrido ya los plazos de protección (vida del autor y cincuenta años post-mortem, art. 7-1 del Convenio de Berna).

El hecho de que no haya una contraparte privativa, no significa que estas informaciones de dominio público puedan manejarse de modo arbitrario o distorsionado en la conformación del banco de datos. Pero en tal caso la responsabilidad será frente a un usuario dañado por alguna de dichas distorsiones, o en última instancia frente al Estado en tanto persona jurídica mayor que vela por el interés general.

Sin embargo, buena parte de la información utilizada en los bancos de datos no es de circulación libre. En este caso podemos decir que esa información tiene dueño, o al menos que existe un titular al que le asiste cierto derecho privativo sobre ella. Y es legítimo que así sea, en tanto ese titular es quien ha dado forma y organizado la información, poniendo en juego un esfuerzo y una inversión que el Derecho debe tutelar.

Los bancos de datos recolectan informaciones de diversas procedencias. Raramente el productor del banco de datos es a la vez el autor de los documentos o datos que se utilizan en el mismo. Cuando la información es propiedad de terceros se dan varias hipótesis, cayendo algunas de ellas en el Derecho Contractual, y otras en el Derecho Autoral:

1) Si se trata de un registro íntegro del documento primario (full-text) será necesario el consentimiento del autor de este documento. De lo contrario se incurrirá en responsabilidad frente al titular de la información. El Derecho

Autoral admite cierta cortapisa a este rígido esquema, a través de las citaciones cortas con especificación de la fuente y nombre del autor, las que no requerirían consentimiento previo.

2) Si el registro informático captura solamente datos referenciales de la obra y los indexa, esta indexación del documento o de la información primaria puede hacerse libremente. No genera responsabilidad, salvo -obviamente y como en todos los casos- que se incurra en una desfiguración de dicha información primaria.

3) Finalmente, si se trata de resúmenes, la solución jurídica se dificulta un poco. Deberá atenderse a la forma que adopten estos resúmenes (puramente señalético, o bien analítico), para resolver si es necesario no solicitar el acuerdo del autor. En caso de un resumen "substitutivo" (este es el concepto clave) del documento primario, se requerirá la autorización del titular.

La responsabilidad emergente del manejo de informaciones y datos que conforman la materia prima de todo circuito informacional, o sea la información, es un hecho vigente y palpitante en las sociedades modernas. Los casos debatidos ante estrados refieren a las tres hipótesis señaladas *ut-supra*, esto es la responsabilidad del productor del banco de datos frente al proveedor de las informaciones, al usuario del banco de datos y a un tercero afectado en su privacidad.

El contencioso es abundante y muy ilustrativo en ciertos países, como lo demuestran las documentadas referencias sobre Bélgica y Francia que nos proporciona el Profesor Montero en estudio de su autoría.

Y en este orden de consideraciones finales debe tenerse presente, también, el "caso Feist", en el que la Suprema Corte de los EEUU admitió la compilación de informaciones provenientes de una anterior compilación, para uso comercial y sin licencia previa, basándose en que se estaría ante obras carentes de originalidad (*Feist Publications Inc. vs. Rural Telephone Service Co. Inc.*, 111 S.Ct. 1282/1991). Un fallo, sin duda, importante, que revela cómo puede ceder un derecho de propiedad de corte exacerbado e individualista, frente al interés general que pugna porque las informaciones circulen lo más libremente posible como factor de progreso.

Bibliografía

ALPA, Guido: "Responsabilità extracontrattuale ed elaboratore elettronico" en 'I contratti di informatica. Profili civilistici, tributari e di bilancio. Colección Diritto dell'informatica, volumen 7, Milán 1987.

BERGEL, Salvador Darío: "Informática y responsabilidad civil" en Informática y Derecho - Aportes de doctrina internacional, Buenos Aires 1988.

HEREDERO, Manuel: "La responsabilidad derivada de los productos defectuosos y los programas de ordenador. Ensayo de aproximación desde el Derecho Español" en Actas del II Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho, Guatemala 1989.

METALITZ, Steven J.: "Information and Responsibility" en Agard Lecture Series 181, Neuilly sur Seine 1991.

MONTERO, Etiénne: "Las obligaciones y las responsabilidades del titular de un fichero de datos nominativos en cuanto a la calidad de su producto" en Actas del III Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho, volumen I, Mérida (España) 1994.

MONVILLE, C.: "Responsabilité civile des fournisseurs de services audiotex et videotex" en trabajos presentados al 5º Congreso Internacional "Informatica e attività giuridica", Roma 1993.

ROSELLÓ, Carlo: "Software difettoso e responsabilità da prodotto" en ponencias presentadas al 5º Congreso Internacional "Informatica e attività giuridica", Roma 1993.

