

# Contratación informática: una visión crítica de la perspectiva española

---

Sol Beatriz Calle D'Alemán

## ABSTRACT

The paper discusses some of the technological advances and economic developments in Anglo-Saxon countries and Continental Europe, based on the use of digital technology in three fronts: information science, communication and digital electronics.

These ideas and proposals have become objects of study in countries all over Europe, with emphasis on Internet user education, cultural promotion and electronic public administration, and each country has defined weaknesses and strengths in getting said goal.

In the paper, I focus on the Spanish case, where we can see a series of projects such as judicial electronics signatures already in use by members of the Supreme Court. In the field of Education, we find various companies occupied on development of virtual education, such as COMUNET promoting massive access to Internet. People also have been working in the field of contratación informática, and it is on this point that I put my main emphasis.

---

\* Abogada. Especialista en Derecho Comercial, Universidad Externado de Colombia. Candidata a Maestría en Derecho Informático, Universidad Complutense de Madrid. Docente Universidad de Medellín.

## INTRODUCCIÓN

En la Unión Europea se planteó de manera concreta, en la década de los años 90, la creación de la llamada “*sociedad de la información y del conocimiento*”, como una respuesta al creciente auge de países anglosajones, como Estados Unidos, en el avance tecnológico y el desarrollo de su economía a partir de nuevas tecnologías. El planteamiento se concreta en tres documentos iniciales: el libro blanco Delors, el informe Bangemann y el Libro Verde, en los cuales se propone una nueva economía en Europa, basada en la utilización de tecnologías digitales que permitan generar valor económico y social en tres frentes: tecnologías asociadas con la informática, con las telecomunicaciones y con la comunicación digital electrónica.

Esta propuesta, que a su vez tiene como objetivo estructurar un plan de acción con énfasis en aspectos como la formación de usuarios, el fomento cultural a través de internet, y la administración pública electrónica, viene siendo objeto de estudio por diversas entidades, y cada país de la Unión Europea ha definido sus puntos débiles y fuertes en la consecución de esta meta.

De todo este cúmulo de inquietudes, han surgido términos como “*autopistas de la información*” o “*sociedad de la información*”, referidos a la posibilidad de implementar modernas redes de comunicación que permitan prestar servicios de transmisión de imagen, datos y voz, por un mismo circuito de banda ancha, lo que supone mayores posibilidades de conocimiento, apertura de servicios y desarrollo de actividades.

En España concretamente, se ha venido desarrollando una serie de proyectos, comenzando por la Administración Pública, como la firma electrónica judicial ya en uso por algunos magistrados del Tribunal Supremo; en el campo de la enseñanza, existen varias empresas dedicadas al desarrollo de plataformas para la educación virtual; entre ellas se destaca la firma vasca, COMUNET, promoviendo el acceso masivo a Internet, a través de centros informáticos para personas de edad avanzada, entre otros muchos ejemplos. En el mundo del Derecho también encontramos bufetes de abogados especializados en el tema informático con un que hacer cada vez mayor. Dentro de las temáticas sobre las cuales se ha venido trabajando, se encuentra la que ocupa hoy estas líneas: la contratación informática, que cuenta con variada doctrina al respecto, unificada en la mayoría de criterios, en defensa del esquema continental, y con un cierto repudio por el esquema anglosajón, del cual viene gran parte de estos contratos.

Para Colombia, España ha sido un país de referencia en diversas materias, entre otras, la legal, y se tiende a tomar, de sus instituciones y de sus modelos jurídicos, las respuestas a los problemas que se van planteando en nuestro país.

Es justamente eso lo que me anima a escribir estas líneas, y a presentar, concretamente en el tema de la contratación informática, una crítica a la perspectiva bajo la cual se ha enfocado este tema en España, pretendiendo con ello un ejercicio académico que nos permita ver diversas opciones antes de tomar lo extranjero, o copiarlo de sus autores, sin una debida confrontación con nuestra realidad jurídica, propósito que excede el limitado espacio de este medio, por lo que se planteará el problema dejando abierta la exploración de todos los matices que el mismo plantea.

## LA INFORMÁTICA Y EL DERECHO INFORMÁTICO

El término contratación informática define, en general, la contratación que se efectúa sobre bienes y servicios informáticos.<sup>1</sup>

En la mayoría de la doctrina Española que trata este tema hay unanimidad en considerar el objeto informático en los bienes y servicios de este tipo, o bien las prestaciones de las partes que tienen que ver con el mismo. Sin embargo, estas definiciones aparecen bastante generales frente a la realidad contractual sobre bienes intangibles en el mundo de hoy.<sup>2</sup>

Hoy se entienden la *informática* y el *derecho informático* como ámbitos diferentes, que van surgiendo y cuestionando las ideas iniciales sobre el tema.

En el punto de la contratación sobre este tipo de bienes, se pensaba inicialmente que los mismos tenían que ver con los medios de comunicación, acceso a bienes inmateriales como la energía, en fin, una contratación que, como la informática, le correspondía a unos pocos, especialmente al Estado, en la prestación de servicios básicos al ciudadano.<sup>3</sup>

Otros autores entienden dentro del término “*contratación informática*» una doble acepción: en un sentido amplio incluiría tanto la contratación sobre bienes o servicios informáticos, como la realizada a través de estos medios. En sentido estricto se limitaría al primero de estos grupos.<sup>4</sup>

Partiendo de esta información inicial, pienso que el uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación plantea al Derecho problemas en dos sentidos:

- *La tecnología como objeto o materia*, es decir, delitos contra bienes informáticos (piratería de software, interceptación de secretos e información privilegiada sobre software, por ejemplo), contratos cuyo objeto es el desarrollo tecnológico (desarrollo de un software, mantenimiento del mismo, creación de bases de datos etc.); trabajo efectuado mediante sistemas informáticos, es decir, sin la presencia física del trabajador (teletrabajo); la protección de datos personales y del derecho a la intimidad de las personas como consecuencia del uso de la tecnología (por ejemplo en la creación de bases de datos, caso más conocido en Colombia, las del sistema financiero); la protección del software como un nuevo tipo de obra literaria bajo los derechos de autor, entre otros aspectos.
- Y en otro sentido, el desarrollo de todas las acciones humanas conocidas hasta ahora a través del medio informático, es decir, el uso de la tecnología como herramienta, no ya como objeto o materia misma de las conductas humanas. En este sentido, entonces, es posible cometer delitos como el hurto, los daños, la estafa, la extorsión, por medios informáticos; de igual manera, es posible efectuar contratos y establecer todo tipo de relaciones negociables a través de los medios informáticos comunicados, lo que ha dado paso al denominado comercio electrónico o e-commerce; la informática aparece aplicada a los procesos como herramienta de ayuda en la realización de los mismos, sin que dejen de ser en sí mismos regulados ya por el Derecho, por el simple hecho de efectuarse a través de un método diferente, y así, piénsese en la regulación de cualquier tipo de proceso empresarial a través de la tecnología, no teniéndola por objeto a ella.

En el primer sentido indicado arriba es donde se encuentra perfectamente aplicable el denominado DERECHO INFORMÁTICO,<sup>5</sup> no así en los segundos eventos planteados, en donde el ordenador o computadora constituye simplemente una herramienta de la actividad humana, ya regulado por el Derecho, y que solamente requeriría de interpretación en algunos casos.

Pero cuando la tecnología y los sistemas informáticos constituyen el objeto mismo de la relación humana, ya estamos en presencia de un fenómeno nuevo que tiene un objeto específico, no regulado, que sin duda genera una serie de conflictos especiales no presentados antes, y que ameritan ser atendidos por el operador jurídico, independientemente de que se predique la informática como una disciplina autónoma, y que, en consecuencia, se llegue a considerar una rama o no del Derecho, aspecto sobre el cual prefiero no entrar a opinar en este momento teniendo en cuenta que sería objeto de otro trabajo diferente del propuesto.

## EL CONTRATO INFORMÁTICO

Bajo este primer encuadramiento sobre lo que entendemos por Derecho informático y su materia, no es de recibo la expresión omnicomprendiva, que se hace en la doctrina, del término contratación informática para abarcar en él todo fenómeno que tenga que ver con la informática. Resulta bastante amplia la definición

que de contrato informático se hace al considerarlo un negocio sobre bienes y servicios informáticos, pues dentro de estos bienes y servicios informáticos se distinguen:

- Bienes materiales, o hardware, conformado por todos aquellos elementos que constituyen el sistema informático materialmente (ordenador o computadora, periféricos).
- Bienes inmateriales o lógicos, dentro de los cuales se cataloga el software, o programas que contienen las instrucciones necesarias para que la computadora u ordenador opere. Dentro de este tipo de bienes también se han incluido las bases de datos y las obras multimedia.

Si consideráramos que el contrato informático es aquel que comprende bienes y servicios informáticos sin distinción alguna, llegaríamos al absurdo de pensar que la compraventa de una computadora es un contrato informático en razón de su especialidad como bien informático, lo que habría de llevarnos a concluir que la compra de los primeros automóviles, bienes desconocidos y especiales en el inicio de su comercialización, sería una venta automovilística y así cabrían todos los ejemplos respecto de aquellos bienes que desconocemos y nos generan inquietud por su novedad.<sup>6</sup>

Expresa el profesor Miguel Ángel Davara:

*“Hablar de contratos informáticos es una forma de centrar e introducir un tema, como es la problemática jurídica que se genera alrededor de la contratación de bienes y servicios informáticos. Pero los contratos informáticos, como tales, con una tipicidad única y propia, no existen.”<sup>7</sup>*

La perspectiva de encuadrar como contrato informático todo aquel que tiene por objeto bienes y servicios informáticos sin distinción alguna es realmente un despropósito y, en igual sentido, hablar del contrato informático como una entidad autónoma. Es tan extenso el marco conceptual, que se pierde la figura misma del contrato.

Es por esto precisamente que se ha afirmado en cuanto a su regulación, que ésta debe encuadrarse dentro de los tipos de contratos existentes, teniendo en cuenta la finalidad perseguida por las partes: si se quiere adquirir un bien, entonces compraventa; si se quiere arrendar, entonces arrendamiento; si se va a adquirir por financiación, entonces podría acudir a un leasing, y así sucesivamente. Afirmar esto, respecto del Hardware o bienes materiales con aplicación informática, parece más sensato que afirmarlo respecto del software o soporte lógico de un ordenador, o respecto de otros bienes inmateriales, considerados creaciones del intelecto humano.

Aunque gran parte de la doctrina española sobre el tema, clasifica los bienes y servicios informáticos (sin distinción alguna) dentro de los tipos contractuales arriba mencionados, al mismo tiempo advierten los inconvenientes de dicha adecuación.

Al respecto manifiesta el autor antes citado:

*“Si seguimos analizando la contratación informática intentando encontrar una figura determinada que se le pueda asimilar, estaríamos divagando sin fin. En primer lugar, porque no existe esa figura en particular que pueda generalizar toda la contratación informática y, en segundo lugar, porque cada elemento de los que puede componer un bien o un servicio informático tendría necesariamente un tratamiento distinto. Incluso creemos que no sería razonable buscar un modelo único de contrato para las contrataciones informáticas que, como más adelante veremos, pueden ser muy dispares y difieren mucho unas de otras.”<sup>8</sup>*

No cabe duda, pues, de que el problema de la definición inicial del contrato informático parte de la concepción amplia y genérica que la doctrina hasta ahora, le ha dado al mismo desde su objeto. Y en este punto cabe hacer dos reflexiones:

- ¿Plantear un objeto diferente permitiría encontrar una definición distinta y, por ende, autónoma del contrato informático?

- ¿Cuál es la importancia de plantear una definición diferente del contrato informático a la que, hasta hoy refiere la doctrina especializada en el tema?
- Es decir, aparte de resultar una discusión académica, ¿tiene alguna aplicación práctica? ¿Interesa al jurista una construcción diferente del contrato?

Hay varios aspectos por los cuales vale la pena esforzarse en el planteamiento de una construcción autónoma del contrato informático:

1) En primer lugar porque *partiendo de su naturaleza jurídica, se puede concluir cuáles son la legislación y las normas aplicables*. La tesis doctrinal hasta ahora presentada, en lo atinente con este punto, concluye: *“Los contratos informáticos están formados por elementos dispares que exigen la mezcla o unión de dos o más tipos de contratos para poder configurar sus características, siendo su objeto múltiple y diversificado, pudiendo darse distintas figuras que desequilibrarían cualquier relación tipo que se pueda pensar. Todo ello debido a la pluralidad de las partes que intervienen y la dispersión de intereses entre ellas, así como a la particularidad de determinadas cláusulas que forman parte de este tipo de contratos”*<sup>9</sup>.

Considero que una aplicación normativa, partiendo de diversas normas contractuales según el tipo que más se acerca al contrato informático en estudio, resulta peligrosa y volátil, pues dejaría al arbitrio del operador jurídico, con razones siempre válidas, la aplicación de las normas que más convinieran a una u otra parte.

2) En un segundo aspecto, resulta exótico para el jurista acudir a *normas que regulan un contrato para aplicarlas a otro supuesto contractual no regulado*, es decir, no es posible conjugar normas de un contrato y llevarlas a otro, salvo que se trate de la aplicación de la analogía como herramienta de interpretación normativa, en aquellos eventos en los cuales existe identidad de razón entre el supuesto regulado y el no regulado.

Sobre este aspecto nos parece pertinente lo expresado por el profesor Federico De Castro y Bravo:

*“Como en todo negocio, hoy que estimar, como tal, el resultado práctico que se proponen alcanzar los particulares con el convenio (con el propósito económico, según Messina; o con el propósito o intento empírico, según Jordano). Conforme a la determinación de la causa en el negocio atípico, se averiguará si lo convenido tiene la unidad propia de ser un solo negocio o si se trata de una pluralidad de negocios, y, en tal caso, si ellos son entre sí independientes, conexos o subordinados. También habrá de atenderse a ella y a la legislación correspondiente, cuando se trata de saber si la variante introducida en el negocio le exime de los preceptos imperativos de una ley. Por lo demás, no parece que sea posible acudir a los remedios propuestos por las teorías antes reseñadas, pues nada autoriza para la aplicación de las reglas propias o específicas de un contrato típico a las cláusulas de uno atípico. Lo que sí puede aplicarse analógicamente serán las normas respecto a prestaciones de la misma o semejante naturaleza (por ejemplo vicios de la cosa), así como las normas sobre cómo entender y completar el contenido de los convenios o reglas de interpretación y las de eficacia de los contratos.”* (Negrillas fuera de texto)<sup>10</sup>

3) Este espectro de una dimensión tan amplia del contrato podría dar lugar a que la parte identificada en la práctica como fuerte dentro del contrato pudiese abusar en su clausulado, creando la confusión en el mismo, de tal suerte que frente a la perspectiva de un conflicto, la resolución del mismo sea demorada y quizás sea inconveniente. La claridad del negocio es garantía para las partes. Y no se trata en este punto de las posibles cláusulas ambiguas que una de las mismas pueda incluir dentro del contrato, pues la legislación civil, en punto de la interpretación contractual ya ofrece una salida para ello. Me refiero al texto total del contrato, cláusulas claras y expresas pero atinentes a diversos objetos, con normativa dispersa para cada uno de esos objetos y la duda de qué norma debe prevalecer al momento de un conflicto.

Pensemos por ejemplo en el tema del riesgo sobre la pérdida de la cosa, regulado en Colombia de manera diametralmente opuesta en el Código Civil y en el Código de Comercio, frente a objetos variados como la

ejecución de una obra (contrato de carácter civil) combinada con un suministro mercantil de bienes para el mantenimiento de equipos. En el evento de un conflicto relacionado con la pérdida de la cosa, ¿a qué regulación debemos referirnos?

Manifiesta el profesor Davara en otro aparte de su obra:

*“Los contratos informáticos, hoy en día, carecen de jurisprudencia y carecen de costumbre. La doctrina se mueve en un estado de total anarquía, caracterizada por la incertidumbre del hombre medio frente al problema informático, con la consecuencia, para los sistemas jurídicos, de la falta de seguridad y la falta de certeza”.*<sup>11</sup>

Es justamente por estas razones, expuestas anteriormente, que, considero, vale la pena y se justifica plantear la naturaleza jurídica de esta especial contratación y buscar una aproximación más simple que la expuesta hasta ahora por la Doctrina en España, con el cometido de resultar más eficaces en la solución de controversias de este tipo.

## UNA CONSTRUCCIÓN INDEPENDIENTE DEL CONTRATO INFORMÁTICO.

### DEFINICIÓN

Tal como se ha expuesto entonces hasta ahora, se entiende en la poca doctrina existente que, sin aceptar la existencia del contrato informático como entidad autónoma, el tema de la contratación informática es aquel que comprende bienes y servicios informáticos, sin distinción de ninguna clase entre ellos.

Sin embargo, dentro del contexto antes esbozado sobre el derecho informático y lo que constituye su objeto mismo, podría intentarse una nueva definición del contrato informático que partiera de dos objetivos básicos:

- a) Su encuadramiento dentro del derecho informático al tener como objeto de estudio un tipo de bienes informáticos que directamente le conciernen.<sup>12</sup>
- b) Su utilidad práctica en el mundo empresarial, teniendo en cuenta el desarrollo que hasta ahora ha tenido este tipo de contratación.

Partiendo de estas dos premisas, planteo una definición independiente de contrato informático como aquel acuerdo de voluntades cuyas prestaciones entre las partes están referidas a bienes inmateriales susceptibles de digitalización, y a los servicios conexos a éstos que puedan presentarse.

Esta definición incluye, en consecuencia:

- Los acuerdos que tienen que ver con el software en sus distintas fases y aplicaciones: uso, creación, desarrollo, implementación, propiedad, etc.
- Los acuerdos relativos a las bases de datos, comprensivos de aspectos como: su creación, fabricación, acceso, etc.
- Los acuerdos relativos con otro tipo de obras como las multimedia, comprensivos de todos los aspectos relativos con ellas: propiedad, uso, acceso, creación, fabricación, etc.

### ANÁLISIS DE LA DEFINICIÓN PROPUESTA

1. Lo primero que debe manifestarse es que debe excluirse de la definición del contrato informático, lo que se entiende como hardware o máquina de computadora, dentro de la clasificación de bienes informáticos.

Como bien material qué es, puede ser objeto de compraventa, suministro, permuta, arriendo, comodato, *leasing*, depósito, de opción de compra (en Colombia referido a un contrato inicial de tenencia), etc. Y por el hecho de que estos contratos típicos y nominados por nuestra legislación contengan como objeto material un ordenador y/o sus periféricos, no significa que deban llamarse “contratos informáticos”. Serán simplemente contratos nominados según se trate de uno u otro tipo. Por otro lado, según el conflicto que se presente, su solución en primera instancia estará ceñida a la ley imperativa que le regula. Así un vicio sobre la cosa vendida, se encuentra resuelto en materia civil o mercantil como elemento de la naturaleza del contrato, sin olvidar que las partes podrían así mismo pactar en contrario lo que imperativamente la norma no les prohíba. Un problema del pago del canon por uso; por la custodia indebida del bien; por un daño sobre el bien en un préstamo gratuito; por el cambio de la cosa en un *leasing* financiero, en fin, problemas resueltos en las normas que regulan estos contratos.

¿Que podría argumentarse en contra de este primer aspecto de la definición propuesta?

- Que el ordenador no es un simple bien corporal, pues su funcionamiento depende de un software denominado de arranque o ROM-BIOS que también es un bien inmaterial; entonces hace complejo el bien que es objeto material de los contratos descritos y, por ende, no tan simple su contratación.

Frente a esto considero que si bien es cierto que existe un software de arranque o funcionamiento en todo hardware para que pueda cumplir su función, también es cierto que esa destinación especial de ese tipo de software que tienen todos los ordenadores desde su fabricación, el ROM BIOS, sin el cual no funcionarían dada su entidad de bienes automatizados, debe considerarse como una unidad y en tal sentido hace parte del bien corporal mismo que a su vez lo caracteriza con unas especificaciones dadas por dicho software.

Respecto de los bienes que conforman una sola unidad, traemos a colación la norma del Artículo 658 del Código Civil Colombiano, que reputa inmuebles por adherencia, a los bienes muebles que están permanentemente destinados al uso y beneficio del inmueble al que adhieren y que no pueden separarse de él sin detrimento. Aunque la norma se refiere a bienes muebles adheridos a bienes inmuebles, nos resulta pertinente en el caso que nos ocupa hacer un símil entre el software de arranque del ordenador y éste: ambos están adheridos de tal forma que el uso y la destinación del ordenador no tienen ninguna utilidad sin ese software de arranque, y por otro lado, su separación implicaría un claro detrimento para ambos, pues ninguno sirve sin el otro.

Recordemos que los ordenadores son simplemente máquinas que, dispuestas a cualquier sistema al que se adapte, los automatiza en su funcionamiento. Pero siguen siendo bienes corporales como cualquier otro.

Pensemos por ejemplo en el automóvil del futuro, dirigido por un computadora. ¿La complejidad del bien hace que estemos en presencia de contrato informático si se quisiera adquirir, dado el tipo de bien de que se trata? ¿Hace ello cambiar frente al derecho el tipo de bien que se comercializa? ¿Sigue siendo un automóvil y estará sometido a los contratos normales que la legislación contempla? ¿O lo llamaremos un contrato informático porque el automóvil está guiado por un software para que funcione?. En nuestro criterio continúa siendo un solo bien: un automóvil, y estará sometido a las reglas generales como lo debe estar la contratación sobre hardware o equipo físico de cómputo.

Ahora bien, se dirá igualmente que ese bien corporal sigue siendo desconocido para el hombre de hoy y ello genera una desventaja frente a los productores, y que, aún frente a un contrato tan simple como la compraventa, el conocimiento que tiene una de las partes sobre ese bien es menor que el que tiene la otra parte.

Aunque este argumento no tendría incidencia en la propuesta de un contrato informático autónomo desde el punto de vista jurídico, sí es recurrido por la doctrina para mantener la clasificación de contratos informáticos efectuada hasta ahora y que, en mi opinión, confunde al operador jurídico.

Es más simple hablar del contrato de que se trata típicamente (tipicidad legal o social) que atribuirle categorías diferentes que no aportan realmente nada a la solución de un conflicto proveniente de los mismos. No puede pues ser de recibo el argumento, porque esa sería la historia del hombre a cada paso de su progreso: cada nueva cosa que genera desconocimiento y ansiedad nos preocupa, y se envuelve en un halo de “sobrepotección” que, a la larga y frente a los avances tecnológicos, pierde sentido. Opino que lo trascendental está en la cultura jurídica de resolución de conflictos que como abogados adoptamos, no a la materia a la cual nos enfrentamos, que siempre será novedosa, incierta, compleja, como la vida misma.

- En un tercer y último aspecto se dirá que muchas veces estos contratos están juntos, es decir, que se presenta una multiplicidad de objetos porque no se compra solamente, sino que se contrata también mantenimiento, instalación, arriendo, depósito, en fin, podrían ir juntos muchos de estos tipos contractuales y, de hecho, de esta situación es que surge su complejidad y la justa razón para que no sean considerados una entidad autónoma.

Esta posición nos lleva a una discusión más complicada en la doctrina civil alrededor de los contratos *complejos o mixtos*. Es decir: es posible que estemos en presencia de *un solo contrato con diversidad de prestaciones* (que es lo que pretendo plantear frente a bienes inmateriales susceptibles de digitalización únicamente) o bien en presencia de varios contratos, con objeto independiente pero unidos por su forma. Este último caso es el que me parece que se presenta, cuando estamos al frente de diversos contratos típicos, nominados, conocidos, regulados por la ley, pero unidos por las partes en un solo cuerpo. Su regulación corresponderá a la legislación propia que regula cada institución pues la forma es lo único que los une por el propósito inicial de las partes, pero su objeto es diverso y además previsto por la ley.

Al respecto, y desde 1953, tienen vigencia las enseñanzas del profesor Jordano cuando dice:

*“El contrato típico tiene siempre carácter unitario porque constituye un todo orgánico que de su causa recibe la unidad. Lo mismo podemos decir del contrato atípico, tanto que si falta ese esencial carácter unitario del mismo debe presumirse que se está frente a una pluralidad de contratos típicos, que se presentan bajo la falsa apariencia de un todo atípico resultante de partes atípicas. Determinar cuando se da uno u otro caso (**contrato único o concurso de dos contratos autónomos unidos por un nexo meramente económico**) tiene interés práctico ya que se derivan: así si hay pluralidad de contratos, cuando uno de ellos resulte nulo, no afecta a los demás por razón de su independencia jurídica; por el contrario cuando el contrato único es nulo, aunque lo sea por uno sólo de sus elementos, vicia todo el resto del contenido.”*<sup>13</sup>  
(Las negrillas son mías).

1. Un segundo aspecto de la definición que propongo para la construcción del contrato informático es que se refiere a bienes inmateriales susceptibles de digitalización, es decir, bienes incorporales susceptibles de traducirse a lenguaje máquina (binario) para ser tratados por medios informáticos. Y aquí sí encontramos el verdadero vacío de la contratación informática que propone la doctrina hasta ahora, frente a las normas de derecho privado que tenemos, primero porque no previó el código civil un tipo de bienes inmateriales de esta naturaleza: magnitudes analógicas, susceptibles de digitalización, de traducción a un lenguaje binario que permite automatizar información y tratarla por una máquina y, segundo, porque es tan especial el tipo de bienes al que nos referimos que no encuadran verdaderamente en ninguna de las figuras típicas o nominadas que conocemos.<sup>14</sup>

la creación de software, su desarrollo, su implementación, las obras multimedia, las bases de datos, en su contenido, formación y funcionamiento, esos son bienes extraños a nuestro derecho y que hoy en día han sido enmarcados dentro de la propiedad intelectual, como verdaderas creaciones del intelecto humano susceptibles de protección.

Analicemos entonces el concepto de bienes inmateriales susceptibles de digitalización, desde dos perspectivas que permitan entender intrínsecamente su funcionamiento y su posterior adecuación contractual: una perspectiva legal y otra desde el punto de vista técnico.

LOS BIENES INMATERIALES SUSCEPTIBLES DE DIGITALIZACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA LEGAL, Desde esta óptica la mayoría de las legislaciones de corte positivista han encuadrado este tipo de bienes dentro de la propiedad intelectual, específicamente como DERECHO DE AUTOR.

En efecto, en España encontramos el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI), Real Decreto Legislativo 1 de 1996,<sup>15</sup> que define, en el artículo, 96 *el programa de ordenador como “ toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o una tarea o para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuere su forma de expresión y fijación.”* Esta expresión comprende también la documentación preparatoria, documentación técnica y manuales de uso del programa, que, por ende, también gozan de la protección de la ley.

A su turno, en Colombia, la ley 23 de 1982 reguló la materia de la propiedad intelectual y concretamente el tema de los derechos de autor, normativa interna que hoy está coordinada en su aplicación con la Decisión 351 de la Comisión Andina de Naciones, que regula el tema para los países andinos, al lado de la Decisión 344 del Acuerdo de Cartagena que regula, por su parte lo atinente con la propiedad industrial.

Nuestro país, al igual que otros países latinoamericanos, decidió no modificar sus leyes internas sobre derechos de autor en lo atinente con el tema del software y bienes afines, pues entendió que dentro de la definición de obras literarias protegidas por el derecho de autor, podía enmarcarse el concepto de programa de ordenador o software.

De allí que en la ley interna colombiana sobre derechos de autor no lo encontremos definido concretamente, no obstante ser tratado como obra literaria por la misma. Al respecto, el Decreto 1360 de 1989, que reglamenta el registro de la propiedad intelectual en Colombia, expresa en su artículo primero: *“De conformidad con lo previsto en la Ley 23 de 1982 sobre derechos de autor, el soporte lógico [software] se considera como una creación propia del dominio literario.”*

Por su parte, el artículo 3 de la Decisión 351 / 93 de la Comisión Andina de Naciones, sí define el programa de ordenador de la siguiente manera:

*“Expresión de un conjunto de instrucciones mediante palabras, códigos, planes o en cualquier otra forma que al ser incorporados en un dispositivo de lectura automatizada es capaz de hacer que un ordenador –un aparato electrónico o similar capaz de elaborar información– ejecute determinadas tareas u obtenga un resultado. El programa de ordenador comprende también la documentación técnica y los manuales de uso”.*

Pero hemos dicho que no solamente el software o programas de ordenador o sistema lógico del ordenador se considera un bien intangible de naturaleza creativa; también clasifican, dentro de esta categoría, las bases de datos, productos multimedia y, en el futuro, cuantas obras sean producto de la creatividad humana basada en el uso de los sistemas de información que, a su vez, se perfeccionan a grandes velocidades.

La Ley Española, TRLPI 1 de 1996, expresa en el artículo 12 lo siguiente:

*“Son objeto de Propiedad Intelectual, en los términos del Libro I ,o sea, como derechos de autor, las colecciones de obras ajenas, de datos o de otros elementos independientes como las antologías y las bases de datos que por la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones intelectuales, sin perjuicio, en su caso, de los derechos que pudieran subsistir sobre dichos contenidos”.* Tal como se observa, se incluyen también, como objeto de protección, las bases de datos en cuanto a la creación de la disposición y estructura de la misma, pues la ley excluyó la protección sobre su contenido (que puede o no ser objeto de protección por otros derechos).

Como aspecto novedoso, respecto del fabricante de la base de datos, se incluyó en el artículo 133 un derecho llamado SUIs GÉNERIS que protege el esfuerzo económico o patrimonial efectuado por una persona en la construcción de la base de datos.

En Colombia, como hemos dicho, tampoco se modificó la Ley 23 de 1982 para incluir las bases de datos como obras protegidas sino que se entienden incluidas dentro de la definición que, en términos amplios, hace la ley sobre la obra colectiva.

Dice el artículo 5 de la ley 23 de 1982: “*son protegidas como obras independientes, sin perjuicio de los derechos de autor sobre las obras originales, y en cuanto representen una creación original: B. Las obras colectivas, tales como publicaciones periódicas, antologías, diccionarios, y similares, cuando el método o sistema de selección o de organización de las distintas partes u obras que en ello intervienen constituyan una creación original.*” En similar sentido se expresa el artículo 2.5 del Convenio de Berna.<sup>16</sup>

Por su parte, la decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones, en su artículo 28 expresa: “*Las bases de datos son protegidas siempre que la selección o disposición de las materias constituyan una creación intelectual*” Por ende, también son objeto de protección por la ley de PI (propiedad intelectual) en cuanto a su forma y estructura, como creación independiente del contenido, sin perjuicio de los derechos que correspondan a los titulares de los mismos.

Respecto de las obras multimedia, entendidas como “*(...) una obra intelectual que incorpora otras obras intelectuales preexistentes, tales como textos, fotografías y dibujos, clips de video y música, junto al software requerido para transformar dicha información en un producto interactivo y accesible*”<sup>17</sup>, no obstante la discusión que existe en la Doctrina sobre su regulación legal, es mayoritaria la posición de otorgarle el tratamiento de una obra colectiva, protegida por el derecho intelectual y que para los efectos de nuestro estudio, también constituye un bien inmaterial susceptible de contratación informática.

La particularidad de los bienes que consideramos objeto del contrato informático hace que los mismos estén sujetos a una serie de normas que los protegen y que implican un tratamiento diferente y especial al contrato que los conlleva. Esa **especialidad y autonomía es lo que hace idóneo pensar en una figura contractual independiente que, estructurada de manera autónoma, brinde a las partes seguridad jurídica y claridad** respecto de la herramienta contractual que regirá sus relaciones.

LOS BIENES INMATERIALES SUSCEPTIBLES DE DIGITALIZACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA TÉCNICA. Desde ésta óptica, se hace referencia a un tipo de bienes que carecen de materialidad por provenir del intelecto humano, es decir, ideas expresadas en un lenguaje que, por su originalidad, merecen ser protegidas por el Derecho, como acabamos de verlo.

La *información*, en cuanto bien jurídico patrimonial abstracto y no revestido de expresión concreta, no existe.

La particularidad es que aparezca expresada en un lenguaje binario, que por ser tal, puede ser “leído”, comprendido, adaptado a máquinas procesadoras de información.

Ahora bien, tal como aparecen expresadas, estas creaciones no representan más que una secuencia de “unos” y “ceros”, es decir, un conjunto de datos, que adquiere relevancia y originalidad por su funcionabilidad, por su aplicabilidad. En este aspecto cabe traer a colación lo expresado por Heredero Higuera, en cuanto a que:

*“Las tecnologías procesan un conjunto de signos, señales ó caracteres susceptibles de registro, proceso o transformación, es decir, datos. Pero la información así vista carece de valor. Lo que le confiere un valor en dinero y un valor en poder, es el significado. Sólo el conocimiento del significado confiere a la información este valor. El problema principal de una teoría jurídica patrimonial de la información es el de su apropiabilidad, que en el concepto tradicional que conocemos no es así.”*<sup>18</sup>

Por otro lado, no ha sido pacífico en la doctrina la adopción de esta tendencia a considerar bienes inmateriales digitalizados como el software, las bases de datos o las obras multimedia, dentro de la clasificación de derecho de autor.

Dentro de las creaciones intelectuales se reconocen las invenciones, las obras y los diseños, como piezas fundamentales a partir de las cuales se desprenden otras. El software participa más de la naturaleza de invención que de obra literaria a la cual se le asimila. La tendencia de considerar este tipo de bienes dentro del derecho de autor y no de patentes deviene de los Estados Unidos y su práctica a través del common law, que requería una legislación pronta y eficaz que protegiese los derechos de los proveedores de software, sin recurrir al “engorroso” proceso que implicaba el registro del mismo como patente. Además de que el registro del software como patente implicaba la difusión de las ideas y algoritmos que sustentan la invención. De allí que fuera imponiéndose el derecho de propiedad intelectual sobre el de propiedad industrial en la regulación de este tipo de bien.<sup>19</sup>

Intrínsecamente entonces, los bienes que encuadran dentro del contrato informático que se propone serán aquellos de carácter inmaterial, que siendo susceptibles de digitalización, se expresaren a través de ordenadores con una aplicación concreta y un resultado esperado según su funcionalidad.

Planteada pues una definición concreta sobre el contrato informático, veamos ahora cuál podría ser su naturaleza jurídica, partiendo de que, sin duda, la propiedad intelectual y otras normas protectoras de este tipo de bienes intangibles inciden en la contratación sobre los mismos, lo que a su vez confiere autonomía a la regulación de dicha figura.

## NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO INFORMÁTICO

De acuerdo con la definición planteada, y tratándose de contratos sobre bienes intangibles, con la característica de constituir además, creaciones intelectuales, la primera afirmación que debe hacerse comprende dos aspectos:

1. *No se ocupan las normas de propiedad intelectual de consagrar una forma de contrato* preciso para el software, bases de datos y demás bienes de estas características, como sí lo hacen por ejemplo, tratándose de obras literarias en papel, verbigracia, el contrato de edición.
2. Tampoco encontramos en *el sistema legal de derecho privado* una norma que nos defina o acerque a un tipo de negocio sobre estos bienes.

Por lo tanto, es preciso concluir que, como figura contractual autónoma, es un contrato atípico.

### Algunos conceptos sobre la **Contratación Atípica**

Partiendo de la autonomía de la voluntad, es decir, la facultad de los individuos para autorregular sus intereses, bien sabemos que el ejercicio de la misma es el eje central del derecho privado y de un sistema jurídico como el nuestro. De aquí surgen precisamente los contratos atípicos: la vida, más ingeniosa que las leyes, hace que los individuos recurran a nuevas formas negociales que el Derecho no ha previsto, pero que dan respuesta a sus necesidades e intereses.<sup>20</sup>

No obstante la lógica y simplicidad de lo anteriormente afirmado, no ha sido concebido, así, el contrato atípico a través de la historia, y ese paradigma de la Voluntad, como eje de la contratación, no tuvo en todos los tiempos la relevancia que hoy tiene. En su origen, el contrato atípico, tal como lo refiere el profesor Jordano, tuvo su impulso mucho tiempo después y fue ajeno al Derecho Romano:

*“En el proceso de evolución de los contratos innominados, tuvieron gran impulso el derecho canónico y las costumbres mercantiles. La doctrina canónica entonces proclamaba abiertamente que la infracción de un compromiso contraído constituye un pecado mortal, y que por ello todo pacto produce una acción. Por otro lado, los mercaderes tampoco respetaban la superstición de los pactos nudos y vestidos (típicos), entre los mercaderes todo negocio debe decidirse según la buena equidad, sin atender a las solemnidades del derecho.”*<sup>21</sup>

Posteriormente, la escuela del Derecho Natural y los postulados de la autodeterminación del individuo consolidan el desarrollo del contrato atípico, socialmente aceptado y legalmente respetado.<sup>22</sup>

Son pues las modernas exigencias de cada época las que van marcando la necesidad de nuevas formas contractuales, que aunque no reguladas por el derecho, sí han tenido cabida desde tiempos atrás, tal como se concluye de lo planteado anteriormente.

Ahora bien, la consagración y la primacía de la autonomía de la voluntad, están claramente reconocidas en gran parte de los sistemas legales de estirpe positivista. Entre otras normas encontramos las siguientes:

- Código Civil Italiano de 1942, Art. 1322, párrafo 2: “...las partes pueden también concluir contratos que no pertenezcan a los tipos que tienen una disciplina particular, con tal de que se dirijan a realizar intereses merecedores de tutela según el ordenamiento jurídico.”
- Código de Comercio Español: Art. 2: “...los actos de comercio, ...estén o no especificados en este código, sé regirán por las disposiciones contenidas en él...” Artículo 51: “...serán válidos y producirán obligación y acción en juicio de contratos mercantiles, cualesquiera que sea...la clase a que correspondan...con tal de que conste su existencia por alguno de los medios que el derecho civil tenga establecidos.”
- Código Civil Colombiano, artículo 1602: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento o por causas legales.”

Esta consagración legal toma una inusitada importancia en nuestros tiempos, frente a la transformación que ha sufrido el contrato, pues implica la posibilidad de renovación del derecho ante la vida y ante las exigencias de las nuevas formas sociales, en donde la técnica constituye una de las principales variables de esta tendencia transformadora.<sup>23</sup>

Ahora bien, preciso resulta intentar una definición del contrato atípico. La innumerable doctrina que ha tratado el tema se ha ocupado de ello.

Veamos algunas de estas definiciones:

*“Teniendo en cuenta las características, finalidad e idiosincrasia de estos contratos, podemos definirlos de la siguiente forma: “Son contratos atípicos aquellos que no estando definidos por la legislación positiva están reconocidos por la realidad social, y en ocasiones por leyes especiales, basándose en la libertad contractual y en la autonomía de la voluntad”<sup>24</sup>.*

La definición antes dada caracteriza y destaca en el contrato atípico su no reconocimiento en la ley, aunque sí en la realidad social y en leyes especiales.

En mi criterio la existencia de normas, incluso especiales, hacen que el contrato sea típico, porque tiene fuente de regulación concreta. Tal sucedió con el contrato de leasing, por ejemplo, que como operación de carácter financiero, debió ser regulada en normas especiales, de tal suerte que, no obstante su origen atípico, hoy aparece regulado por las directrices de cada Estado al respecto.

Por su parte, el profesor Jordano con precisión jurídica expresa:

*“Para que exista un contrato atípico tiene que faltar al menos uno de los elementos esenciales del negocio determinado o de un esquema legal para que pueda decirse que se está frente a un contrato típico. Por tanto será atípico aquel contrato que, aún mencionado por la Ley, está desprovisto de una normación específica, a menos que la mención del contrato se haga por la ley en tal lugar que se pueda inducir por vía de remisión la disciplina jurídica aplicable.”<sup>25</sup>*

Ahora bien, el contenido del contrato no se haya conformado solamente por la voluntad que han puesto en él los contratantes, sino también por las determinaciones que se derivan de la ley y la equidad, y es en tal sentido que se integra el actuar estatal a través de la ley, que representa los intereses de la colectividad y el actuar individual, que representa sus propios intereses.

También se ha ocupado la Doctrina de clasificar los contratos atípicos, especialmente dependiendo de sus relaciones en la práctica con otros contratos. Esta clasificación resulta útil para nuestro propósito, en virtud de que muchas veces encontraremos diversas prestaciones informáticas en un mismo contrato, precisamente, lo que para muchos, significa la complejidad de la contratación informática.

En estos eventos es indispensable concretar si estamos frente a diversos contratos o si se trata de uno solo. Al respecto resulta particularmente interesante la clasificación efectuada por Jordano sobre los contratos atípicos:

“Hay que apartar de la clasificación todos aquellos supuestos **que no son verdaderos contratos atípicos, o sea todos los que son mera unión o pluralidad de contratos típicos autónomos, en la que sólo existe acumulación o yuxtaposición y no fusión o mezcla. Igualmente hay que excluir de la clasificación la conexión de contratos o contratos coligados**, que lo pueden estar: a) por razón de mutua dependencia, como los contratos recíprocos; b) por razón de subordinación, contratos subordinados y c) en relación de alternancia, contratos alternativos. Todos estos son contratos típicos autónomos ligados entre sí por un nexo económico o jurídico. Por su parte los verdaderos contratos atípicos, unitarios como tales, pueden clasificarse en dos grupos:

A) Contratos atípicos PUROS: con contenido homogéneo, fundados en una causa atípica simple:

- Con tipicidad social: reconocidos por la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina.
- Sin tipicidad social: aquellos que constituyen una res nova, es decir, sin precedente alguno, que nadie conoce.

B) Contratos atípicos MIXTOS: Con contenido heterogéneo fundados en una causa atípica compleja o mixta, pues las diversas prestaciones que la integran, coordinadas entre sí, constituyen un todo atípico, resultante de partes típicas o atípicas conocidas, dotadas de tipicidad social. Las posibles combinaciones podrían ser:

- Contrato compuesto de elementos todos ellos típicos.
- Contrato compuesto de elementos típicos y atípicos.
- Contrato compuesto de elementos todos ellos atípicos.”<sup>26</sup> (Las negrillas son mías).

Finalmente, y respecto de la autonomía del contrato informático, cabe también mencionar algunas sentencias del Tribunal Supremo Español, de las cuales traemos a colación ésta, que de especial manera hace énfasis en el respeto por la FORMA y el CONTENIDO que las partes han querido dar a su contrato:

*“La voluntad es la creadora del negocio jurídico, constituye verdaderamente lo esencial, el principio activo y generador, no habiendo negocio allí donde la voluntad está ausente o hallándose viciado cuando aquélla ha sufrido error, violencia o dolo, y por otro lado, en cualquier manifestación de las voluntades humanas en el terreno jurídico, independientemente de la forma, a partir de la desaparición del formalismo de las primeras edades, el Derecho consagra, por lo menos en principio, un contrato válido, pudiendo la voluntad no solamente engendrar negocios jurídicos en los límites y bajo las condiciones que le asigna al derecho positivo y por consiguiente producir efectos de derecho, sino aún los que quiere que sean, penetrando en el mundo jurídico, no solamente “porque” han sido queridos, sino “cómo” han sido queridos.”<sup>27</sup>*

Los conceptos antes referidos nos sirven para afirmar, a continuación, la atipicidad del contrato informático.

La atipicidad del Contrato Informático.

Pues bien, creemos que al contrato informático, aquel que versa sobre bienes inmateriales susceptibles de ser digitalizados, es un contrato atípico y como tal debe ser tratado. Es un contrato atípico y además innominado.<sup>28</sup>

Y siguiendo la definición de Jordano, arriba transcrita, es atípico porque no encaja dentro de los tipos contractuales definidos en la Ley.

Cualquier contrato que pretendamos enmarcar, por ejemplo de transferencia de dominio, de uso o simple tenencia, de realización de obra, de garantía, carece de alguno de los elementos esenciales que la ley les atribuye cuando tratamos de definir como tales a los contratos que tienen por objeto a los bienes intangibles informáticos:

- En contratos de transferencia de la propiedad sobre el software, ésta no se transmite nunca en los términos de los contratos de enajenación que conocemos, ni siquiera coincide con el sistema de propiedad del Código Civil;
- El uso, bajo contratos de mera tenencia tampoco cabe, pues sobre estos bienes intangibles no hay propiamente una tenencia en los términos de los contratos que consagra la ley ni ostenta el usuario los mismos derechos que tendrían bajo contratos normales en este sentido;
- Por tratarse de bienes provenientes del intelecto y esfuerzo humano, la ley les concede una serie de derechos morales, en cada caso particular, que no puede ser objeto de transferencia, enajenación o renunciabilidad por parte de sus titulares; derechos morales que, además, pueden incidir directamente en la explotación comercial de los derechos patrimoniales;
- La realización de uno de estos bienes va mas allá de la simple realización de una obra, pues su destinatario no se hace dueño de la misma en el sentido del contrato de obra tal como lo consagra el Código Civil;
- Tampoco podría ser objeto de contratos de garantía, como la prenda por ejemplo, en virtud de su intangibilidad. Solamente podría hablarse de la cesión de derechos patrimoniales, con ciertas características especiales, en caso de aporte a sociedades, así como en caso de prenda sin tenencia (sin desplazamiento) como garantía de obligaciones. Pero lo que aquí se estaría haciendo es una cesión de unos derechos personales que, desligados de solos bienes en sí, pueden ser objetos de cesión por su titular.

Resulta, sin duda, complejo enmarcar contratos sobre bienes intangibles, tal como hemos venido haciendo referencia, en figuras típicas de derecho positivo.

La tendencia inicial es entonces a considerar este tipo de contratos como atípicos.

El Common Law ha tenido mucha influencia en la creación de estos contratos bajo formas no convencionales ni típicas. Al respecto se afirma por Carrascosa<sup>29</sup>, refiriéndose a los contratos informáticos:

*“Algunos de estos contratos no responden a los esquemas legales contemplados en la legislación: son contratos atípicos. La atipicidad de estos contratos deriva de la génesis norteamericana de los mismos, del contexto internacional donde se desarrollan y de su continua adaptación a las necesidades de la práctica. La atipicidad de estos contratos no es un atipicidad absoluta, al contrario, se produce normalmente como consecuencia de la fusión de elementos precedentes de contratos típicos distintos. (...) La atipicidad de estos contratos plantea los clásicos problemas de decidir si el entramado contractual conforma un contrato único o varios contratos y la cuestión de la identificación del “régimen jurídico” aplicable al contrato. Los contratos informáticos operan como verdaderos laboratorios de pruebas de nuevos y distintos tipos contractuales sinalagmáticos”.*

Tal vez sea su origen norteamericano lo que ha generado en los tratadistas del Derecho Positivo Español una aversión hacia la contratación atípica, y se pretenda, por el contrario, enmarcar toda conducta negociada de las partes, en el contexto informático, dentro de formas pre-establecidas en el derecho privado.

Sin embargo, esta resistencia a admitir la flexibilización del derecho privado y la costumbre como fuente creadora del derecho, cada vez en más ámbitos de la vida económica de las sociedades, no es la actitud que el mundo de hoy exige al jurista.

El contrato informático entonces surge de la autonomía de las partes, con una gran especificidad e importancia económica en razón del bien inmaterial objeto del mismo, que a su vez está sujeto a leyes, independientes del contrato, pero que pueden incidir directamente en él. Nos referimos a las normas sobre Protección a la Propiedad Intelectual, e incluso sobre Protección de Datos Personales (en los países que las han adoptado), así como también pueden tener incidencia las normas sobre competencia desleal, cuando se gestan monopolios alrededor de bienes de producción intelectual en materia informática y los acuerdos que alrededor de ellos se generan.

¿Qué consecuencias derivan de esta consideración?

- En primer lugar, que el contrato informático sobre bienes intangibles **no estará sujeto a normas de carácter imperativo**, que tal vez constituyen el aspecto de mayor importancia al considerar un contrato típico y uno atípico.

En efecto, las normas contractuales de derecho privado, que consagran elementos atinentes con la esencia del negocio y con su licitud, se entienden como imperativas. Están en la Ley y son de obligatorio cumplimiento por las partes al punto de que su desconocimiento conlleva a la desaparición del negocio, bien por invalidez, ineficacia, por convertirse en otro negocio etc. Estas normas especiales a cada contrato lo especifican de manera tal que sea esa su esencia y no otra. Pues bien, los contratos atípicos carecen de estas normas porque no fueron pensados por el legislador y por ende su sistema de licitud y eficacia estará determinado por las reglas generales. No existen normas especiales concretas que puedan serles aplicadas.

- En segundo lugar y en cuanto a su regulación, como sucede en los contratos atípicos, estará sometida en primer lugar a lo dispuesto por **las normas imperativas de carácter general**, posteriormente a lo que las partes hayan dispuesto, es decir **cláusulas contractuales**, en tercer plano las **normas dispositivas de carácter contractual general** y en lo que ellas no regularen, se podrá recurrir a los **principios generales de contratación, jurisprudencia y doctrina**<sup>30</sup>.
- En un tercer aspecto, es posible que prestaciones diversas, relacionadas con el mismo objeto material, bien inmaterial digitalizable, sean parte del mismo contrato, caso en el cual podríamos estar en presencia de un contrato mixto o complejo y por ende habrá que determinar su regulación. Aquí debemos detenernos en la consideración de los contratos mixtos o complejos y para ello resulta muy útil la diferencia que el profesor Jordano hace al respecto y que se mencionó en anterior acápite: no se puede confundir el contrato atípico con los eventos en los cuales aparecen diversos tipos contractuales unidos por razones económicas, de subordinación, alternancia etc., supuestos en los cuales, cada figura típica estará regulada según lo disponga la norma aplicable en particular.

Preciso es reiterar, que en el caso de la entendida “contratación informática” por autores como los ya citados, que comprende prestaciones diversas y propias de figuras contractuales típicas a las cuales se acude para su normalización, falla la definición al incluir bienes inmateriales que plantean una regulación muy diferente de la de esos contratos típicos en los cuales se pretenden enmarcar.

El contrato informático, planteado como acuerdo solamente referido a los bienes intangibles o lógicos del sistema informático, susceptibles además de digitalización, siempre será atípico y puede en consecuencia adoptar la forma de un contrato atípico PURO, donde se trate de una sola prestación (por ejemplo un contrato de licencia de uso sobre un software), o bien puede adoptar la forma de un contrato atípico MIXTO, que implica diversidad de prestaciones **pero dentro de una misma finalidad** o causa, lo que por supuesto lo hace independiente y atípico en su regulación (por ejemplo el contrato “Llave en mano”).

Y en este punto, resulta aplicable el pronunciamiento del Tribunal Supremo Español, en sentencia del 30 de Noviembre de 1964:

*“El artículo 1255 C.C. proclama el principio de la autonomía de la voluntad con las limitaciones que el propio precepto señala, y tal principio no está contradicho, sino aceptado por el Código de Comercio, cual se desprende de su art. 50 y primer párrafo del 51, y por ende, en la vida del Derecho, aparte de los contratos típicos y regulados por ambos códigos, existen los llamados atípicos, como también los contratos mixtos, y aún cuando un contrato pueda subsumirse en determinada forma contractual, **si responde además a un especial contenido que desborda el contrato típico o contiene pactos o condiciones dirigidas a cumplir determinadas finalidades, debe juzgarse e interpretarse tal como por los contratantes haya sido conformado, salvo disposición legal que a ello se oponga o razones de moral u orden público que lo impidan.**” (Las negrillas son mías).*

Ahora bien, la tesis sobre la atipicidad del contrato informático que se plantea ha sido expuesta por la Doctrina sobre el tema, no sin dejar de expresar su descontento hacia la misma, al considerar que no se da con ella una respuesta adecuada a este tipo de contratación. Al respecto de ello, el profesor Davara manifiesta:<sup>31</sup>

*“Se podría pensar que los contratos informáticos son unos contratos atípicos y que, como ya hemos indicado, deben basarse en la teoría general de las obligaciones y los contratos y en el principio de la autonomía de la voluntad de los contratantes. Bajo otra óptica se podría, también, pensar que se trata de contratos híbridos, ya que están formados por elementos dispares que exigen de la mezcla o unión de dos o más tipos de contratos para poder configurar sus características. Pero lo que no cabe duda es que (...) se trata de contratos complejos(...)”*

Un comentario respecto de la afirmación anterior lleva a concluir que, sin duda, el contrato informático es atípico *pero sólo referido a los bienes intangibles susceptibles de digitalización* a los que hemos hecho relación, pues no sería atípico hablar de la compraventa de un equipo de cómputo y además del desarrollo del software para el mismo; son dos asuntos: uno previsto por el derecho contractual: la compraventa, y otro no: el desarrollo del software (previsto dentro del derecho de autor, pero no como objeto de contrato).

Como contratos híbridos creo que no pueden entenderse nunca en nuestro sistema jurídico, y ello en razón de que no es posible la mezcla de contratos y su regulación, desconociendo la causa o finalidad que las partes buscan con el negocio y qué la ley le reconoce a cada figura (En tal entendimiento, la sentencia descrita en anterior acápite).

De tal afirmación pues, es claro que mientras se sigan mirando los contratos informáticos como negocios en los cuales se presentan múltiples objetos materiales e inmateriales, su regulación seguirá siendo compleja y, por ende, insegura para las partes. Ahora bien, como contratos complejos reportan el problema de saber qué norma se les aplica, problema no muy claro en la doctrina.

A propósito del contrato mixto o complejo, que según lo dicho cabe predicarse de aquellos negocios que incluyen figuras típicas y no típicas<sup>^</sup> por su parte el profesor Díez Picazo<sup>32</sup> expresa:

*“Pero las dudas surgen cuando el supuesto contractual atípico en cuestión contiene elementos de dos o más esquemas contractuales típicos, lo que da lugar a los llamados contratos mixtos o complejos. ¿Cabe entonces aplicar la normativa correspondiente a los mismos?”*

Son varias las teorías que se han formado: La de la absorción busca el elemento preponderante y si corresponde con el de un contrato típico entonces se aplica la normativa de ese contrato típico. La dificultad está en saber cuál es ese elemento preponderante. La teoría de la combinación construye una propia normativa combinando la correspondiente a cada uno de los contratos típicos, teniendo presente el fin perseguido por las partes. Hay una tercera teoría: la de la aplicación analógica, que recomienda la aplicación de la normativa de la figura tipificada más afín, solución aparentemente buena salvo cuando se encuentra la atipicidad del contrato y, por ende, la carencia de norma a aplicar.”

Estas teorías, referidas por la mayoría de la doctrina en el tratamiento de este tipo de situaciones contractuales, han sido objeto de múltiples críticas por la dificultad de su aplicación, pues ninguna resuelve el problema de fondo.<sup>33</sup>

En concordancia con la tesis que planteamos y como conclusión del tema relativo a la normativa que debe regir el contrato atípico, nos encontramos con la Sentencia de 18 de Noviembre de 1980 del Tribunal Supremo Español, que reitera la autonomía del contrato atípico en cuanto a la innecesaria adopción de normas pre-existentes o típicas para regularlo, y que resume nuestra posición al plantear la autonomía del contrato informático.

Se transcribe la parte pertinente de la sentencia al respecto:

“Cuando una relación obligatoria contractual contiene suficientemente los requisitos que el ordenamiento jurídico civil exige para su validez y producción de efectos –art. 1261 C.C.– no hay necesidad de esforzarse en seguir los viejos cauces del dogmatismo jurídico e intentar encajar, más o menos, a fortiori el pacto o convenio en cuestión a los tipos contractuales civiles perfilados en las leyes, ya que, sobre no aparecer en ningún lugar normativo esa exigencia (salvo la aplicación analógica artículo 4 C.C. como función integradora del Juez), bastará con que el intérprete y juzgador se atenga a lo estipulado –si ello es lícito conforme al art. 1255 del C.C.– y sancione ex officio iudex sus naturales consecuencias en orden a la eficacia (artículo 1258 C.C.) de lo acordado libremente por obra de la autonomía de la voluntad, y lo que importa no es el memento juris, sino la licitud, validez y eficacia del contrato –en conjunción con los intereses en juego– sea más o menos típico, atípico, simple o complejo, siempre que las cláusulas contengan las suficientes especificaciones para su normal cumplimiento.”

Diferencias con otros contratos.

Caracterizado y definido el contrato informático, como considero que deber ser abordado, se plantean ahora las diferencias que pueden existir con otro tipo de contratos en la llamada era digital, que son objeto de descripción y desarrollo por la Doctrina.

- Contrato electrónico. En términos generales, se define este tipo de acuerdo, no por su objeto sino por el medio a través del cual se realiza, es decir, medios electrónicos. La tendencia inicial es a pensar en el comercio electrónico que se realiza a través de la Red de Internet. Sin embargo, lo “electrónico”, que significa uso de dispositivos electrónicos no se agota en una computadora. El fax, el teléfono, el télex, la videoconferencia, la televisión también son medios electrónicos a través de los cuales pueden celebrarse contratos.

En la doctrina, aunque el término generalmente utilizado es de “contratación electrónica”, algunos autores hablan de “contratos digitales”<sup>34</sup>, otros asimilan lo “electrónico” con lo “informático”<sup>35</sup>, o bien con lo “telemático”, es decir, aquellos contratos celebrados mediante el uso de computadoras, a través de una red telemática.<sup>36</sup>

Cualquiera que sea la definición que se adopte o el término calificativo del tipo de contrato de que se trata, la diferencia entre el contrato electrónico digital o telemático con el contrato informático, es que aquel se define como tal por su forma, es decir, las partes no se encuentran presentes físicamente y para la realización del contrato, se utilizan medios electrónicos, o digitales o telemáticos, a través de redes de telecomunicación, como por ejemplo, internet.

En cambio, el contrato informático se define desde su objeto, es decir, independientemente de cómo se efectúe el contrato, entre partes presentes o ausentes, las prestaciones en él contenidas hacen referencia a bienes intangibles susceptibles de digitalización, siguiendo la definición que hemos propuesto a través de este estudio.

Es posible que el contrato informático se realice por medios electrónicos, por ejemplo, la contratación de una licencia de uso de un software a través de internet; uso de bases de datos vía digital; juegos interactivos

depositados en la red y ofertados a través de páginas web, etc. Aquí lo que interesa no es la forma, sino su contenido. La diferencia entre ambos tipos de contratación conduce justamente a la diferencia planteada inicialmente entre informática como objeto del derecho, y la informática como medio del actuar humano y, por ende, del Derecho. En este último sentido se entiende la contratación efectuada por medios electrónicos.

- Contratos de telecomunicaciones. Otra categoría de contratos se encuentra en la doctrina, referida no a su forma ni tampoco a un objeto informático, sino a aquellos que se celebran para el uso de redes de telecomunicación. Todas las posibilidades de la tecnología actual se presentan gracias al desarrollo de los medios de comunicación en este sentido.

La información, que inicialmente circulaba únicamente en los elementos concretos de una computadora y dentro de su sistema, amplió su recorrido gracias a la posibilidad de interconectar varias computadoras entre sí, pudiéndose comunicar a través de redes de telecomunicación. Así entonces surge una serie de empresas cuyo objetivo es prestar este servicio de interconexión, a través de diferentes vías: satelital, digital etc., así como servicios conexos con éste. Esta gama de servicios da lugar a una serie de contratos, entre los cuales se encuentran los de: telefonía local y extendida; larga distancia nacional e internacional; servicios de portación de transmisión de datos; de telefonía móvil celular; de buscapersonas; de provisión de capacidad satelital, entre otros.<sup>37</sup>

Estos contratos referidos en su objeto a los sistemas de telecomunicación se diferencian del contrato informático en cuanto a que se refieren a la prestación concreta de servicios para la transmisión de datos, mientras que el objeto del contrato informático es la producción de bienes intangibles susceptibles de digitalización, de software y demás creaciones del intelecto humano, que permitan automatizar la información a través de computadores, cuya interconexión será precisamente el objeto de la contratación en telecomunicaciones.

## CONCLUSIONES

He pretendido a través de estas líneas exponer una visión propia del contrato informático, partiendo de una crítica a la tesis existente en España respecto del mismo, según la cual está figura contractual, con naturaleza propia, no existe, y más bien se reconoce la existencia de una serie de situaciones contractuales, en las cuales el objeto tiene que ver con bienes y servicios informáticos, o prestaciones anexas a los mismos. Desde esta perspectiva, tanto el hardware como el software hacen parte de este tipo de contratación.

La mayoría de la Doctrina Española ( por no decir toda) que ha tratado este tema, parte de un concepto complejo de la contratación informática, y al no aceptar la existencia de Un contrato informático como entidad independiente, se opta por regular cada caso concreto según el objeto o prestaciones contenidas en un negocio de esta naturaleza.

La inestabilidad e inseguridad jurídica que una postura de este tipo puede acarrear para los productores de software y de desarrollos creativos intelectuales exige una re-definición del problema. En consecuencia, considero necesario plantear una definición propia del contrato informático, como precepto de autonomía privada, autorregulador de intereses, cuyo objeto se refiere únicamente a los bienes inmateriales susceptibles de digitalización, como lo es el software, las bases de datos, los productos multimedia, hasta ahora conocidos y desarrollados, así como los servicios conexos con éstos. De la definición propongo excluir el hardware, al cual se le trata también en España como parte de la llamada "contratación informática", por tratarse de un bien corporal, que bien puede ser objeto de cualquier tipo contractual sin que por ello adquiera una connotación diferente de las previstas en las normas legales que regulan dichos tipos.

Esta opción lleva necesariamente a plantear la existencia de un contrato de naturaleza atípica, que bien puede presentarse como contrato atípico puro o mixto, según sean las prestaciones asumidas por las partes en la satisfacción de sus intereses. Como contrato atípico que es, estará regulado por las normas de carácter imperativo contractual general que se le sean aplicables; por lo que las partes dispongan en su clausulado; por las normas dispositivas que por analogía le sean aplicables, así como los usos, principios

y doctrina que permita resolver los conflictos que puedan surgir del contrato y no tengan una solución bajo los lincomientos generales.

El contrato informático, encuadrado dentro del llamado Derecho Informático se diferencia de otros contratos en el sector de las nuevas tecnologías, básicamente por su objeto, con las previsiones que las distintas normas sobre la teoría general del contrato enseñan, así como las previsiones que las normas de la propiedad intelectual exigen, por tratarse de bienes ya enmarcados dentro de este tipo de normativa para su protección. El desarrollo de estas previsiones y las numerosas cláusulas que deben tenerse en cuenta para redactar un contrato de esta naturaleza, planteado como un conjunto jurídico único y seguro para las partes, es objeto de otro trabajo, que en mucho excede el propósito de estas líneas.

## Bibliografía

- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Julio Fernando. ASPECTOS TRIBUTARIOS RELEVANTES DE LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES. Ponencia Vigésima cuartas Jornadas Colombianas de Derecho Tributario. Instituto Colombiano de Derecho Tributario. Cartagena de Indias. 2000.
- AZPILCUETA, Hermilio Tomas. DERECHO INFORMÁTICO. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1985.
- CARRASCOSA, Javier. En CONTRATOS INTERNACIONALES. Coordinado por Luis Alfonso Caravaca y Luis Alfonso Fernández de la Gándara. Tecnos. Madrid. 1997.
- CARRASCOSA López V. Y otros. LA CONTRATACIÓN INFORMÁTICA: I IN NUEVO HORIZONTE CONTRACTUAL Gomares. Granada. 1999.
- CHIT. IA VICENT, Eduardo; BELTRÁN ALADANTE, Teresa. ASPECTOS JURÍDICOS DE LOS CONTRATOS ATÍPICOS. BOSH EDITOR, SA. Barcelona. 1992.
- DAVARA, Rodríguez Miguel Ángel. MANUAL DE DERECHO INFORMÁTICO. Aranzadi, Madrid. 1997. DE CASTRO Y BRAVO, Federico. EL NEGOCIO JURÍDICO. Civitas. Madrid. 1985
- DICKENS, Julián. MULTIMEDIA: CUESTIONES ESTRATÉGICAS. Revista DAT. Buenos Aires. No. 58/59, Junio/ Julio. 1993.
- DÍEZ PICAZO, Luis; GULLON, Antonio. SISTEMA DE DERECHO CIVIL. Volumen II. 9\*. Edición. Tecnos S A Madrid. 2001.
- FERNÁNDEZ DELPECH, Horacio. INTERNET SU PROBLEMÁTICA JURÍDICA. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 2001.
- HEREDERO HIGUERAS, Manuel. DERECHOS INMATERIALES Y NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN. Actas II Congreso Internacional de Informática y Derecho. Vol. I. UNED. 1996
- JORDANO, Juan bautista. LOS CONTRATOS ATÍPICOS. Instituto Editorial Reus. Madrid. 1953.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis y Otros. ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL. Tomo II. Volumen I. Segunda edición. Dykinson. Madrid. 2000. PERALES VISCASILLAS, María del Pilar. COMERCIO ELECTRÓNICO Y PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES. La Ley. Madrid. 2001. Sentencia Tribunal Supremo de Noviembre 5 de 1957. Sentencia Tribunal Supremo del 13 de Mayo de 1959.
- SUÑÉ LLINÁS, Emilio. "DERECHOS DE AUTOR Y NOMBRES DE DOMINIO EN LA FRA INTERNET: UNA VISIÓN CRÍTICA" Ponencia Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho. Universidad de Lima. 2000.
- SULLE LLINAS, Emüio. TRATADO DE DERECHO INFORMÁTICO. Volumen I. Universidad Complutense de Madrid. Madrid. 2000.

## Notas

- <sup>1</sup> DAVARA, Rodríguez Miguel Ángel. MANUAL DE DERECHO INFORMÁTICO. Aranzadi, Madrid. 1997. Pág. 191. CARRASCOSA, López V. Y otros. LA CONTRATACIÓN INFORMÁTICA: UN NUEVO HORIZONTE CONTRACTUAL. Comares. Granada. 1999. Pág. 110.
- <sup>2</sup> En Argentina, por ejemplo, se comenzaba en la Doctrina el análisis del Derecho Informático bajo la perspectiva única de la informática como herramienta, no como objeto del derecho mismo: “Dos grandes campos podemos distinguir de manera inicial. De una parte la llamada INFORMÁTICA DE GESTIÓN y de otra LA INFORMÁTICA DE AYUDA A LA DECISIÓN, que hasta ahora ha acaparado el nombre de informática jurídica. La INFORMÁTICA JURÍDICA DE GESTIÓN: es aquella que trata de aplicar los principios informáticos en toda actividad de trabajo, en la oficina jurídica. Y puede dividirse a su vez en tres grupos: \*Informática Registral: se ocupa de todo tipo de registros, públicos o privados, y facilita su búsqueda, cambio o actualización. \*Informática Operacional: facilita la operación en las oficinas relacionadas con el derecho, controlando toda su gestión jurídica. \*Informática decisional: presta ayuda al Juez en cuanto establece unas determinadas pautas en resoluciones muy repetitivas y cuya redacción es casi automática. INFORMÁTICA JURÍDICA DE AYUDA A LA DECISIÓN: supone el tratamiento y recuperación de información jurídica por medio de ordenadores en los campos de legislación, jurisprudencia y bibliografía, facilitando al jurista la toma de decisiones.” AZPILCUETA, Hermilio Tomas. DERECHO INFORMÁTICO. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1985. Pág. 55 y 56.
- <sup>3</sup> “El derecho de la informática concierne a los aspectos jurídicos de la memorización y al tratamiento de las informaciones. El derecho de la telemática se distingue de aquél, porque concierne al transporte de aquellas informaciones en un contacto parcial con el derecho de la información: numerosas aplicaciones informáticas suponen el transporte de la información de éste; es el caso de la generalidad de los contratos informáticos (provisión de energía informática, acceso a los bancos de entrega, trabajo de creaciones, etc.)” AZPILCUETA, Obra citada. Pág.45
- <sup>4</sup> VERGEL, Darío. Citado por CARRASCOSA. Obra citada. Pág. 4.
- <sup>5</sup> Más precisamente, DERECHO DE LA INFORMÁTICA tal como lo plantea el profesor Emilio Suñé Llinás en su obra: “el derecho a la informática es el conjunto de normas reguladoras del objeto informática o de problemas directamente relacionados con la misma” TRATADO DE DERECHO INFORMÁTICO. Volumen I. Universidad Complutense de Madrid. Madrid. 2000. Pág. 1.
- <sup>6</sup> En similar sentido se expresa CARRASCOSA, obra citada, Pág. 136-137: “La compra-venta informática será aquella que recaiga sobre bienes informáticos, lo que en un principio no le confiere ninguna característica especial, o cuando menos no aporta ningún razonamiento de mediana entidad que justifique nuestro estudio. Por supuesto, puede haber una compraventa de coches, de mobiliario de oficina, de libros, y por ello no se realiza un estudio pormenorizado específico de sus características, al coincidir básicamente con las generales de la compraventa”.
- <sup>7</sup> DAVARA, obra citada. Pág. 196.
- <sup>8</sup> DAVARA, obra citada. Pág. 196
- <sup>9</sup> DAVARA, obra citada. Pág. 236.
- <sup>10</sup> DE CASTRO Y BRAVO, Federico. EL NEGOCIO JURÍDICO. C.vitas. Madrid. 1985. Pág. 209.
- <sup>11</sup> DAVARA, Obra citada. Pág. 206.
- <sup>12</sup> En esta idea, resulta pertinente lo expresado por Heredero Higuera: “El Derecho Informático es el derecho de los bienes inmateriales vinculados con las nuevas tecnologías de la información.” HEREDERO HIGUERAS, Manuel. DERECHOS INMATERIALES Y NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN. Actas II Congreso Internacional de Informática y Derecho. Vol. I. UNED. 1996. Pág. 245.
- <sup>13</sup> JÓRDANO, Juan bautista. LOS CONTRATOS ATÍPICOS. Instituto Editorial Reus. Madrid. 1953. Pág. 21.
- <sup>14</sup> “Nos parece indudable que el Software es el elemento más peculiar de los que hemos venido llamando contratación informática. La mayor brecha entre la contratación ordinaria y la contratación informática, la abre precisamente la especial naturaleza y regulación de la que goza el software.” CARRASCOSA LÓPEZ Y OTROS. Obra citada. Pág. 147.
- <sup>15</sup> Esta norma aprobó el texto que recoge todas las disposiciones vigentes en España sobre propiedad intelectual, incluyendo diversas Directivas de la Unión Europea incorporadas a la legislación española pero en diversos textos. Dentro de esta normativa general, se incluye el tratamiento de las bases de datos, la protección al software, derechos de autor afines a los del ámbito de la radiodifusión vía satélite y distribución por cable, y demás temas relacionados con la propiedad intelectual

- <sup>16</sup> Artículo 2.5 Convenio de Berna: Las colecciones de obras literarias y artísticas tales como las enciclopedias y antologías que por la selección o disposición de las materias constituyan creaciones intelectuales estarán protegidas como tales, sin perjuicio de los derechos de los autores sobre cada una de las obras que forman parte de estas colecciones.
- <sup>17</sup> DICKENS, Julián. MULTIMEDIA: CUESTIONES ESTRATÉGICAS. Revista DAT. Buenos Aires. No. 58/59, Junio/Julio. 1993. Pág. 24.
- <sup>18</sup> HEREDERO HIGUERAS. Obra citada. Pág. 245.
- <sup>19</sup> En igual sentido véase HEREDERO HIGUERAS, obra citada. Pág. 247. SUÑÉ LLINÁS, Emilio. "DERECHOS DE AUTOR Y NOMBRES DE DOMINIO EN LA ERA INTERNET: UNA VISIÓN CRÍTICA." Ponencia Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho. Universidad de Lima. 2000.
- <sup>20</sup> "Lo cierto es que el contrato atípico reproduce en términos muy singulares aquel fenómeno general en virtud del cual el *ius scriptum* se encuentra atrasado respecto al *ius vivens*, de tal manera que es aquí donde podemos descubrir mejor aquella "revolución de los hechos contra el código" de que hablaban los franceses.(...) A las formas tradicionales y arcaicas, la mayor parte de ellas de claro abolengo romanístico, se van añadiendo figuras de contrato que son el reflejo de la vida económica moderna.(...) A medida que es más rica la evolución de la vida social es mayor el número de las figuras contractuales." JORDANO, obra citada. Pág. 9
- <sup>21</sup> JORDANO, Obra citada. Pág. 8 . En igual sentido véase LACRUZ, Berdejo José Luis y otros. ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL. Tomo II. Vol. I. Segunda Edición. Dykinson. Madrid. 2000. Pág. 331-334.
- <sup>22</sup> "En las fuentes de la época post-clásica y justineana, aparece la categoría de los contratos innominados, en los que las partes acuerdan prestaciones recíprocas, pero que no hacen surgir la obligación de cumplir para una parte hasta que la otra no cumpla. No es tanto el acuerdo como la ejecución de lo convenido por uno de los contratantes lo que autoriza a exigir al otro.
- La apertura total a la concepción moderna del contrato se desencadena cuando a la voluntad humana se la considera como eje de la obligación; si alguien queda obligado es porque ha querido obligarse. Y ello ocurre por el influjo de múltiples factores. Cabe anotar entre los más significativos: a) La doctrina de los canonistas que afirman el deber de la fidelidad a la palabra dada y por consiguiente el deber de cumplir los pactos. B) Las necesidades del tráfico mercantil, contrario a la tipificación contractual romana y a sus inútiles formalismos, que llevan a su decadencia y favorable al principio con arreglo al cual el solo consentimiento obliga. (...) Pero la más fuerte corriente de pensamiento operante en esta materia fue la escuela del derecho natural racionalista y las ideas de la Ilustración y del Iluminismo, que conciben al hombre como ser libre no sujeto por naturaleza a más voluntad que la suya. Es la primacía del individualismo jurídico, que conceptúa a la sociedad como constituida por individuos cuyas relaciones han de tener fundamento voluntario o, en otras palabras, basadas en acuerdos o pactos" Díez Pícazo, Luis; Gullón, Antonio. SISTEMA DE DERECHO CIVIL. Volumen II. 9a. Edición. Tecnos S.A. Madrid. 2001. Pág. 30.
- <sup>23</sup> "El progreso de la técnica (...) las fuerzas así conquistadas son tales que se imponen al hombre. Ya no son los individuos los que pueden manejarlas: es necesario un esfuerzo colectivo para ponerse a la altura de estas fuerzas inmensas. Y el contrato individual no basta para ello: ni para asegurar la equidad contractual en unos casos, ni para resolver con agilidad las dificultades técnicas en otros." LACRUZ BERDEJO, José Luis y Otros. ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL. Tomo II. Volumen I. Segunda edición. Dykinson. Madrid. 2000. Pág. 337
- <sup>24</sup> CHULIA VICENT, Eduardo; BELTRÁN ALADANTE, Teresa. ASPECTOS JURÍDICOS DE LOS CONTRATOS ATÍPICOS. BOSH EDITOR, S.A. Barcelona. 1992. Pág. 12.
- <sup>25</sup> JORDANO, obra citada. Pág. 20
- <sup>26</sup> JORDANO, obra citada. Pág.34.
- <sup>27</sup> Sentencia de noviembre 5 de 1957, reiterada en sentencia del 13 de Mayo de 1959.
- <sup>28</sup> "Contrato Innominado no es lo mismo que contrato atípico: el contrato innominado significa que no tiene un nombre legal, lo que no impide que pueda estar regulado; atípico significa que no tiene una disciplina que lo regule. Generalmente coinciden pero en estricto sentido no son lo mismo." JORDANO, obra citada. Pág. 10.
- <sup>29</sup> CARRASCOSA, en CONTRATOS INTERNACIONALES. Obra Citada. Pág. 1714.
- <sup>30</sup> En este punto, el profesor Jordano distingue si se trata de un contrato que goza de tipicidad social o no para mirar qué normas le son aplicables, si el conflicto se presenta respecto de temas no regulados por las normas generales de contratación, o por las partes mismas: "Si se trata de contratos atípicos con tipicidad social, se recurrirá a la jurisprudencia, usos y doctrina sobre el tema. Si se trata de contratos atípicos sin tipicidad social, entonces habrá que acudir a la analogía

como herramienta de interpretación que nos permita tomar la institución que más se asemeje y bajo la misma razón se aplique la misma disposición, ello atendiendo de todas maneras al querer de las partes y al fin económico del contrato, según cada circunstancia.” JORDANO, obra citada. Pág. 34.

<sup>31</sup> DAVARA, obra citada. Pag. 198.

<sup>32</sup> DIEZ PICAZO. Obra citada. Pág. 37.

<sup>33</sup> “¿Que pasaría con los contratos mixtos? Hay quienes consideran que el contrato atípico es mixto y, por ende, su régimen de regulación debe ser la del elemento típico preponderante que lo caracterice y, por ende, éste absorbe a aquél. Teoría de la Absorción ( ejemplo: la permuta y la compra-venta). Tiene esta teoría la enorme dificultad de determinar en cada caso cuál es el elemento típico preponderante. Otra teoría plantea la aplicación analógica preferente, que tiene el problema de desconocer la función práctica de cada uno de los negocios celebrados, sean típicos o atípicos. La teoría de la combinación, de las dos anteriores: analogía con criterio de dosificación de normas según la combinación resultante del contrato mixto. El método así enunciado resulta imposible por artificioso y falaz”. JORDANO Obra citada. Pag.44 a 47.

<sup>34</sup> “La oferta de bienes, servicios e informaciones por medios digitales, que cumplen con las condiciones generales y específicas que la Ley impone, no requiere de autorización previa.” FERNÁNDEZ DELPECH, Horacio. INTERNET: SU PROBLEMÁTICA JURÍDICA. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 2001. Pág. 286.

<sup>35</sup> CARRASCOSA LÓPEZ Y OTROS. En CONTRATACIÓN INFORMÁTICA. Obra Citada.

<sup>36</sup> PERALES VISCASILLAS, María del Pilar. COMERCIO ELECTRÓNICO Y PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES. La Ley. Madrid. 2001. Pág. 408.

<sup>37</sup> ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Julio Fernando. ASPECTOS TRIBUTARIOS RELEVANTES DE LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES. Ponencia Vigésima cuartas Jornadas Colombianas de Derecho Tributario. Instituto Colombiano de Derecho Tributario. Cartagena de Indias. 2000. Pág. 27, y siguientes.