

La calificación jurídica de las transmisiones de software en Internet

María Inés Arias de Rincón

*Instituto de Filosofía del Derecho. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad del Zulia. Maracaibo, Venezuela.
ariasderincon@hotmail.com*

Resumen

La investigación califica los negocios jurídicos que surgen con ocasión del intercambio de software en Internet. Para lograr su finalidad diferencia los datos electrónicos como soportes incorpóreos de los programas de computación cuando viajan en la Red y el programa de computación que éstos contienen como obra protegida por el derecho de autor. A partir de esta consideración, se describen los tipos contractuales que surgen en relación con la dualidad de objeto (bien incorporeal y bien inmateral) y se concluye afirmando que en la transmisión de software se forman dos contratos conexos: la venta de los soportes incorpóreos de la creación intelectual (datos electrónicos) y la licencia o cesión de Derechos de autor (derecho de uso).

Palabras clave: Calificación jurídica, datos electrónicos, soportes incorpóreos, transmisión de software, cesión de uso.

Juridical Qualification of Software Transmissions on the Internet

Abstract

This research project evaluates the legal business concerns that arise from software exchange on the Internet. To achieve this goal, the study differentiates between electronic data as incorporeal supports of computer programs when they travel on the web and the computer program these contain as works protected by copyright. Based on this consideration, the types of contracts that arise are described in relation to the duality of their object (incorporeal good and intangible good). Conclusions affirm that in software transmission, two connected contracts appear: the sale of the incorporeal support of the intellectual creation (electronic data) and the license or rights of use from the author.

Key words: Juridical qualification, electronic data, incorporeal supports, software transmission, license of use.

Introducción

El empleo de Internet como espacio para la comercialización y explotación de bienes y servicios, al igual que el desarrollo y consolidación del Comercio Electrónico, han dado lugar a la creación de un gran mercado para los bienes digitalizados. En el marco de esa gran circulación de datos electrónicos por la red, se incorporan frecuentemente obras protegidas por el Derecho de autor, objetos de tráfico comercial, como es el caso de los programas de computación.

La transmisión de datos contentivos de programas de computación, condiciona los negocios jurídicos que en torno a ellos se realizan y determina nuevas alternativas de explotación para los programas, en cuanto esos datos pueden constituirse en soportes incorpóreos de los programas y objetos posibles de transacciones comerciales a través de Internet.

La presente investigación persigue calificar jurídicamente los negocios jurídicos que surgen con ocasión del intercambio de software en Internet. Para elaborar tal calificación, se establecen dos puntos de partida: primero, la distinción entre las posibles partes contratantes (proveedores y usuarios finales) y, segundo, la presunción de existencia de dos contratos diferentes: el primero de ellos tiene por objeto, los datos electrónicos y el segundo, los derechos del titular sobre el programa de computación.

Para determinar si los datos electrónicos pueden constituirse en objeto del contrato, se acude a los requisitos del objeto del contrato que derivan de la Teoría General del Contrato, a la luz del Código Civil venezolano y la doctrina, para comprobar si estas exigencias se cumplen en los datos electrónicos. Posteriormente se describen los tipos contractuales que surgen en la contratación electrónica entre los proveedores de los programas y los usuarios de Internet y, en relación con la dualidad fundamental de su objeto: bien incorporal (datos electrónicos) y bien inmaterial (creación intelectual sobre la que recaen los derechos de autor); de esta manera, se verá como la contratación de software por Internet no se presenta como un único contrato aislado, sino bajo la figura de dos contratos conexos: por un lado persiste el contrato de venta sobre los nuevos soportes de la creación intelectual y por el otro, el contrato de cesión de Derechos de autor.

2. La Calificación Jurídica de las Transmisiones de Software

Calificar significa establecer la naturaleza del contrato que se interpreta y para realizar dicha calificación, lo determinante es el significado objetivo de aquello que realmente pactaron las partes; la calificación es cuestión jurídica puesto que se realiza desde la óptica de las normas y determina la aplicación de unas reglas, para limitar o completar las estipulaciones de las partes (Gil Rodríguez, 1998: 606; López y López, 1998: 412).

Mediante la calificación de los negocios jurídicos relativos al intercambio de programas estándar de computación en Internet, trataremos de averiguar la compatibilidad del propósito objetivo de las partes respecto de los esquemas tipificados por el legislador, en especial: La venta y la licencia o cesión de derechos de propiedad intelectual. Hacemos referencia a aquellos negocios jurídicos celebrados en la red, cuya finalidad es lograr la transmisión de una copia autorizada del programa hasta el computador del usuario, para su uso personal e incluso profesional. El usuario, en este planteamiento, no persigue la posterior comercialización del programa, mediante el pago de una cantidad de dinero, sino la satisfacción de necesidades propias de software.

3. Diferencias entre los Datos Electrónicos que comportan el Programa y el Programa de Computación como Creación Intelectual

Un bien, en el plano jurídico, es todo ente o conducta susceptible de titularidad. Los bienes se caracterizan por ser entidades apropiables, susceptibles de tráfico, con existencia autónoma y no excluidos del comercio (Lacruz Berdejo, 2000: 2). Para posibilitar la inclusión de los datos electrónicos entre los bienes, hay que tomar en cuenta la distinción entre bienes muebles e inmuebles. La definición de bienes inmuebles no da cabida a los bienes incorpóreos y, en consecuencia, no pueden los datos electrónicos ser bienes inmuebles, serán por exclusión, necesariamente bienes muebles. El artículo 532 del Código Civil define los bienes muebles por su naturaleza como aquellos susceptibles de cambiar de lugar, bien por sí mismos o movidos por una fuerza exterior, en general todos los que se puedan transportar de un punto a otro. En consecuencia, son bienes muebles las cosas susceptibles de desplazamiento por lo que al ser las redes de computación capaces de transportar información digital de un lugar a otro, no existen problemas para conceptuar los datos electrónicos -que comportan la copia del programa de computación- como bienes muebles incorpóreos.

Conviene, no obstante, detenerse en la distinción entre soportes corporales e incorporeales. Los soportes corporales son aquellos que tienen cuerpo y consistencia física, mientras los soportes incorporeales no. Con respecto a los programas de computación vehiculizados en soportes informáticos corpóreos (discos duros, disquetes, CD), la distinción se ha venido elaborando en atención a la existencia del soporte corpóreo y los programas de computación propiamente dichos, como creación intelectual protegida por el Derecho de Propiedad Intelectual o Industrial. Éstos últimos, los programas de computación denominados bienes inmateriales, por cuanto constituyen creaciones de la mente humana que, mediante los medios adecuados, se hacen perceptibles y utilizables en las relaciones sociales y que, por su especial importancia económica, son objeto de tutela jurídica especial -Propiedad Intelectual o Industrial-.

Con respecto a los programas de computación que son transmitidos a través de una red (entendida ésta como un conjunto de computadoras conectadas entre sí para el intercambio de información), no puede hablarse de la distinción entre el soporte corpóreo y el programa de computación, porque no existen soportes corpóreos en la red sino soportes incorpóreos de la creación intelectual; entonces la distinción, se plantea, en atención a la existencia de soportes informáticos incorpóreos -que en nuestra hipótesis son los datos electrónicos-, como bienes incorporeales, que materializan el programa de computación y la creación intelectual, como bien inmaterial, que posee un régimen jurídico bastante diferenciado del aplicable a los bienes materiales o incorporeales. En realidad, los datos electrónicos, al igual que los derechos y los bienes como por ejemplo, las energías, deberían constituir una categoría más, entre los bienes sin corporeidad de los que habla el Código Civil.

No es un juego de términos, pretendemos diferenciar el concepto de datos electrónicos, bienes muebles incorporeales y el concepto de programa de computación como creación intelectual, bien inmaterial; es decir, por un lado se ha de distinguir a los derechos de propiedad sobre los datos electrónicos (impulsos electromagnéti-

cos) y, por el otro, los derechos de autor -morales y patrimoniales- sobre la creación intelectual. En mi opinión, este es el panorama, a partir del cual se realizan los negocios jurídicos sobre el software en Internet.

Existen diferencias considerables entre los datos electrónicos que funcionan como soportes informáticos incorporeales y los programas de computación como creaciones intelectuales. Los derechos sobre los datos electrónicos pueden ser perpetuos, salvo su obsolescencia tecnológica y, consecuente pérdida de utilidad para el usuario; los datos guardados en un soporte informático cualquiera tienen una duración en el tiempo ilimitada. Por el contrario y como principio general, la duración de los derechos de propiedad intelectual sobre un programa de computación, son por ley limitados. Los datos electrónicos son localizables en el espacio (por ejemplo, mediante el empleo de direcciones en la Web se puede encontrar cualquier clase de información en la red) mientras que respecto a los programas de computación como obras protegidas por el Derecho de autor, sólo resulta localizable en el espacio y en el tiempo, el acto de su creación. Los datos electrónicos son mensurables, las creaciones intelectuales no; los datos electrónicos son destruibles, las creaciones intelectuales no; respecto a los datos electrónicos puede afirmarse que su posesión equivale a título, no sucede igual con respecto a las creaciones intelectuales.

Existen también puntos de contacto. Ambos tipos de bienes son capaces de ser objeto de percepción y disfrute simultáneo por parte de un número indefinido de personas; no obstante, los datos electrónicos son físicamente apropiables por tiempo indefinido y de manera ilimitada, mientras que los derechos sobre las creaciones intelectuales son tan solo cedidos por su titular, jamás de manera absoluta -ni aún en las cesiones exclusivas- y siempre por tiempo definido. Por tanto quien compra los datos electrónicos se hace propietario absoluto de ellos, entre tanto que el cesionario de los derechos sobre un programa de computación recibe sólo la autorización para explotar o usar el programa, en exclusiva o no y el títu-

lar-cedente conserva derechos sobre el mismo, los llamados derechos morales y además, si no ha cedido en exclusiva, los demás derechos de explotación. Entonces, la propiedad intelectual es independiente de la propiedad de los datos electrónicos que contienen el programa de computación.

Cuando se ha transmitido la propiedad de los datos electrónicos, no puede otorgarse a otra persona distinta al comprador, ningún otro derecho sobre los mismos. En cambio, respecto a la creación intelectual, la ley permite separar el uso de su explotación; de forma que cuando una persona posee el derecho de uso sobre un programa, el titular o cesionario de los derechos de explotación no pierde su derecho de explotación y puede dar a otros el derecho de utilizar el mismo programa.

Elaboradas estas diferencias podemos comprobar que los datos electrónicos cuando circulan en Internet, aún cuando contengan programas de computación, no responden exclusivamente al tratamiento de una creación intelectual, regulada por el Derecho de autor; en razón de lo cual, resulta necesario su regulación como bienes incorporeales diferentes a los bienes inmateriales que son objeto de protección por la propiedad intelectual.

Se trata de aplicar el régimen jurídico, hasta ahora reservado a los bienes corporales, a los datos electrónicos como bienes incorporeales, a pesar de no estar ligados a un soporte físico. Tal afirmación se hace a partir de la asimilación, hasta donde sea posible, de los bienes incorporeales con los bienes corporales, bajo el principio de que los bienes inmateriales, constituyen una categoría legalmente diferenciada. Todo esto significa que la tradicional distinción entre el soporte físico que contiene el programa de computación y el programa como obra protegida por el Derecho de autor, debe ser trasladada a la distinción entre los datos electrónicos que contengan el programa de computación y el programa como creación intelectual. Esto permite explicar la verdadera naturaleza de los negocios, que en torno al software se desarrollan en Internet.

4. Los Datos Electrónicos como Objeto del Contrato

La expresión “datos electrónicos” hace referencia a segmentos de información numérica que circulan en la red, considerados como bienes muebles incorporeales, que si bien van a constituir finalmente el programa de computación que contienen, debemos distinguir ambos conceptos por cuanto se colocan en planos jurídicos opuestos. Por un lado, el programa como un bien inmaterial, regulado por el Derecho de autor y sobre el cual se transmiten derechos de propiedad intelectual, por el otro, los datos electrónicos que contienen el programa, datos electrónicos susceptibles de ser considerados cosas bienes muebles incorporeales, objetos posibles de intercambios y de contratos civiles o mercantiles.

Partimos de la idea de que si bien no existen en Internet, soportes corpóreos, que de una u otra forma, produzcan la materialización del programa de computación, soportes sobre los cuales tradicionalmente se basan los contratos de venta, arrendamiento, préstamo o donación -en ejercicio del derecho exclusivo de distribución que tienen los titulares de los derechos sobre los programas de computación-, puede extenderse a los datos electrónicos, las normas sobre bienes muebles corporales, objetos posibles del contrato de venta, a fin de justificar y comprender que los tipos contractuales a partir de los cuales se está generando el tráfico comercial del software en Internet, van más allá de las simples cesiones del derecho de uso.

El objeto del contrato, en su acepción más amplia, es definido como la pura representación común de los contratantes sobre un sector de la realidad social, que permite el consentimiento en cuanto es concurrencia de oferta y aceptación, es decir, es aquello en lo que se está de acuerdo (Gete-Alonso y Calera, 1979: 274), concepto suficientemente amplio para englobar, no solamente las cosas materiales y servicios, sino la más amplia gama de realidades susceptibles de ser materia de contrato.

En la actualidad, los límites impuestos por el propio Código Civil, en relación con la materialización del objeto de todos los tipos contractuales descritos, incluyendo el contrato de venta, han sido superados. Una amplia opinión doctrinal se ha construido alrededor del objeto del contrato no sólo como cosas corporales -ni solo cosas o servicios- sino las más variadas realidades tomadas en consideración por la Ley y que las partes determinan como materia de cada contrato en razón del interés, de la ventaja o utilidad que les proporciona (Diez-Picazo y Gullón, 1999: 258). Manresa y Navarro consideran que podrá ser objeto del contrato, todo lo que no esté comprendido en alguna de las prohibiciones que resultan opuestas a los requisitos o circunstancias que en aquél han de concurrir; pueden serlo las cosas, y no solo las de existencia corporal sino las incorpóreas (1967: 598).

La realidad actual desborda al Código Civil, por cuanto, las cosas sobre las que hace unos años era imposible contratar, hoy en día son cotidianamente objeto de contratos. La aplicación del principio de la autonomía de la voluntad de las partes y la amplitud con la que el Código referido describe el objeto del contrato, han de permitir a los datos electrónicos, como bienes muebles incorpóreas que son, ser objeto de contratos, a pesar de no estar literalmente acogidos por dicha Ley. Más aún, cuando se admite, por extensión, el tráfico ordinario de algunas realidades socialmente “cosificadas”, que en puridad no son cosas, tales como concretas universalidades, el contenido económico de las propiedades intelectual e industrial, los títulos valores y algunas otras posiciones jurídicas que se cosifican, en cuanto se refiere a su específico tráfico jurídico (Rams Albasa, 1993: 445).

En la presente investigación tratamos de caracterizar a los “datos electrónicos” -no los programas de computación- como objetos posibles del contrato. Buscamos con ello justificar nuestra hipótesis sobre la venta de datos electrónicos, en donde éstos constituyen el objeto del contrato, sobre el cual recae el consentimiento de las partes. Para probar su condición de objeto, vamos a estudiar, si

cumplen las condiciones o requisitos del objeto de los contratos establecidos por el Código Civil, en el artículo 1.155 y, posteriormente desarrollados por la doctrina. Estas condiciones son: posibilidad, licitud y determinación.

En la actualidad, no ofrece mayor interés insistir sobre la existencia real o posibilidad de existencia de los datos electrónicos. De hecho, si nos atenemos a las causas de imposibilidad señaladas por la doctrina (Diez-Picazo, 1996: 204), podemos concluir en primer lugar, que no existe imposibilidad física que impida la presencia de los datos electrónicos en la Red, por cuanto existe una enorme capacidad humana para construir programas de computación y transportarlos por Internet. En segundo lugar, no hay imposibilidad legal para la existencia de los datos electrónicos como objeto del contrato, por cuanto no existe precepto legal que lo impida. Y por último, no hay imposibilidad de carácter fáctico, en el sentido, de que no hay que superar grandes dificultades para la realización de la prestación contractual. En realidad, la obtención de cualesquiera tipos de datos electrónicos -programas de computación, música, vídeos, etc.- por Internet es sumamente sencillo.

Sobre la licitud de los datos electrónicos, pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no estén fuera del comercio de los hombres. Los datos electrónicos en tanto que son “cosas”, pueden ser todos ellos objeto de tráfico jurídico, además pueden ser objeto de contrato porque no son cosas que estén fuera del comercio de los hombres (tradicionalmente la doctrina coloca bajo el concepto de extracomercialidad a los bienes del dominio público, las cosas comunes no susceptibles de apropiación, los bienes no incluidos en el patrimonio y, por tanto, excluidos de la libre disponibilidad de los particulares).

Por tratarse de obras protegidas por el Derecho de autor, puede suceder que el programa de computación esté siendo distribuido en la Red sin autorización del titular de los derechos o bajo una forma de explotación que extralimite los derechos cedidos. En

ambos casos, se está explotando el programa sin título y cometiendo uno de los ilícitos civiles o penales de defraudación de la propiedad intelectual. En tal caso, podría hablarse de una extracomercialidad relativa, que no da lugar a un defecto en los presupuestos objetivos del contrato. Siguiendo a Díez-Picazo podrá tratarse de un acto que deba recibir sanciones civiles o penales y, además, podrá hablarse de defraudación de la propiedad intelectual o al menos de incumplimiento contractual, pero no de ilicitud en el objeto (Op.cit.: 210).

Un objeto determinado es un objeto individualizado y distinguido, conocido y querido -en conexión con el consentimiento- por ambos contratantes. Este requisito aplicado a los datos electrónicos supone la identificación plena de la porción de información electrónica -que contiene el programa- que el usuario quiere descargar de la Red y que el proveedor de la página Web pretende transmitir. En los contratos que estudiamos, es una constante la determinación “absoluta” de los datos electrónicos que contienen el programa que se descargará de la Red.

En conclusión, vemos como en los datos electrónicos se encuentran presentes los requisitos pautados para el objeto del contrato, es decir, existencia, posibilidad, licitud y determinación, razones suficientes para pensar que pueden ser objeto del contrato de venta.

5. Los tipos contractuales que surgen en la transmisión de los programas de computación

A partir de este momento, pueden asumirse diferentes posiciones, en relación con los contratos que permiten el intercambio de programas de computación por Internet, celebrados entre los distribuidores de software-titulares de los derechos de explotación y los usuarios finales.

En primer lugar, asumir, apoyándose en las normas y principios del Derecho de autor, que la transmisión digital del programa

de computación y la cesión del derecho de uso sobre el mismo, se regulan exclusivamente por el Derecho de autor; de esta forma, Internet sería el medio adecuado para escapar a la calificación de venta, por cuanto no existe un soporte corpóreo -continente del programa- que sea objeto de un contrato de venta y, por lo tanto, lo que se desarrolla es un contrato de cesión de uso del programa, nada más.

En segundo lugar, considerar al programa de computación como una “información numérica” que viaja por la Red, susceptible de ser englobada dentro de un concepto más amplio, “datos electrónicos”; datos que por su naturaleza han sido calificados como bienes muebles incorpóreos, objetos posibles del contrato de venta. En este supuesto, el programa adquirido en Internet, queda fuera de la regulación del Derecho de autor, debiendo ser regulada su transmisión por el Derecho Civil o Mercantil, según la naturaleza que se le reconozca al contrato.

Ambas posiciones resultan extremas sin que se ajusten a la realidad de los intercambios de programas en la Red. Primero, en la contratación de software por Internet, ciertamente están involucrados los Derechos de autor sobre el programa de computación. Esta circunstancia hace necesaria -por mandato legal- la transmisión de tales derechos en la forma legalmente prevista, esto es, mediante lo que se denomina licencia o cesión de derechos. Segundo, las características del negocio jurídico que se desarrolla no encajan con las estructuras legales del contrato de licencia o cesión de uso, pero sí con las características del contrato de venta. Por ello, es nuestra posición, que cuando un usuario descarga desde Internet hasta su computador un programa, se suceden dos tipos contractuales -aunque a la vista del usuario sea uno solo- por un lado, la venta de los datos electrónicos que contienen el programa y por el otro, la licencia o cesión de uso del mismo. Ambos contratos, el de venta y el de licencia o cesión, son contratos conexos. De tal forma que la copia del programa de computación, al igual que la música, los vídeos o cualquier otra información que viaja por Internet, real-

mente son datos electrónicos, que en nuestro tiempo, constituyen objetos valiosos de intercambios comerciales, al igual que un computador o cualquier objeto corporal.

La venta y la licencia o cesión, si bien son estructuralmente diferenciados, su propia naturaleza impide su absoluta independencia, en cuanto la finalidad perseguida por el contrato de venta de datos electrónicos es la utilización del programa en el computador del usuario, utilización que solo puede ser legalmente concebida a partir del momento en que el titular de los derechos los ceda, de forma que quedaría sin sentido la transacción, vista en su conjunto, que a través de ambos contratos se pretende, en cuanto debe existir un programa que utilizar, pero igualmente debe ser autorizado su uso, nada vale una autorización de uso sin programa de computación para ejercitarla o un programa, cuyo uso no esté legalmente autorizado.

La venta de los datos electrónicos que contienen el programa y la licencia o cesión del derecho de uso están vinculados porque finalmente se enmarcan dentro de una única operación económica, lo que significa que un contrato no se celebra sin el otro. Además, ambos contratos se han realizado con el fin de facilitar al usuario final la adquisición de un programa y el derecho a usarlo, también hay conexión contractual porque ambos contratos son formados, perfeccionados y ejecutados por Internet, como piezas de una sola operación económica, debido a que el proveedor y el cedente (si son diferentes) colaboran recíprocamente, para facilitar al usuario final la adquisición de software por Internet.

6. La venta de datos electrónicos

Por el contrato de venta -artículo 1.474 del Código Civil- uno de los contratantes se obliga a transferir la propiedad de una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto; en dinero o signo que lo represente.

De la definición legal del contrato de venta se desprenden sus rasgos fundamentales. En primer lugar se trata de un contrato consensual, desde el momento en que por el contrato se obligan a entregar y pagar respectivamente, y no pagan ni entregan nada de momento las partes contratantes; es además, bilateral por producir obligaciones recíprocas para ambos contratantes; en tercer lugar es un contrato oneroso por cuanto basta la enumeración de sus requisitos esenciales: la cosa y el precio, que han de ser entregados por personas distintas, y la una a cambio de la del otro, para comprender que no puede ser a título gratuito; nominado; principal, por cuanto no necesita de ningún otro contrato para tener vida y producir efectos y traslativo del dominio de la cosa, en el sentido de que sirve de título, para las transmisiones de la propiedad.

Resulta conveniente aclarar que no hay venta de los derechos de propiedad intelectual sobre el programa de computación, la enajenación de la que hablamos se refiere a los datos digitalizados que contienen el programa. En el ámbito del Derecho de autor, la venta se presenta incompatible con la configuración del derecho de propiedad intelectual; para Rodríguez Tapia lo más concorde con la finalidad del Derecho de autor y con sus normas imperativas es la exclusión de la venta de derechos, pues sí es cierto que no existe una norma prohibitiva de la transmisión, lo que se llama licencia o cesión tampoco supone una auténtica transmisión del derecho (1992: 192); en realidad, las normas de propiedad intelectual no han sido elaboradas pensando en una enajenación total del contenido patrimonial del derecho de autor (Alba Espin, 1994: 147), incluso para Toubol el régimen de la venta resulta inaplicable a los contratos por los que se transfiere el derecho de usar un programa por cuanto -entre otras razones- falta la oponibilidad *erga omnes*, que es una de las características de la propiedad (1990: 191).

Por múltiples razones, que se expondrán más adelante, lo que existe es la enajenación de los datos electrónicos que contienen el programa, como cosas muebles incorporales susceptibles de ser objeto de un contrato de venta, y al mismo tiempo la licencia o cesión

del derecho de uso -inherente al programa-, porque el programa continúa siendo obra protegida por el Derecho de autor, siendo necesario la concesión del uso. Ello implica que no puede hablarse de una explotación de la obra efectuada independiente y libremente por el adquirente, sino de una explotación ejercida siempre por el transmitente si bien por intermedio de la persona del concesionario (Delgado Porras, 1988: 67).

El usuario-adquirente persigue la obtención del programa y, adherido a éste, el uso legítimo del mismo. De tal forma que para el usuario final de Internet, lo principal no es la adquisición de algún derecho de explotación, además del derecho de uso, sino la adquisición del programa que posibilite la ejecución de aplicaciones informáticas que él necesita para satisfacer necesidades de ocio, personales o profesionales.

Esto significa, que se venden los datos que contienen el programa -no los derechos del titular sobre el mismo- como cosas muebles incorporales, susceptibles de venta civil o mercantil. De forma que esta venta no implica la cesión de ningún derecho de explotación, ni del derecho de uso del programa. Además, cuando se “descargan” los datos desde la Red y se guardan en soportes informáticos, corpóreos o incorpóreos, propiedad del usuario, la materialización del programa en el computador o mediante el computador del usuario, implica la entrega del bien mueble incorporal desde Internet, lo que ayuda a reforzar la existencia del contrato de venta.

Aunque no existe un soporte corpóreo que provoque el intercambio, entre comprador y vendedor, que en las hipótesis de venta tradicional de soportes contentivos de programas es lo que ayuda a diferenciar la existencia de dos contratos: venta y licencia o cesión de uso, pensamos que los datos electrónicos transmitidos y guardados en el computador del usuario o en cualquier otro soporte informático de su propiedad son objetos posibles del contrato de venta y, además, soportes incorpóreos de la creación intelectual -programa de computación-.

La valoración del tipo contractual que surge, se elabora a partir de las características presentes en la transacción electrónica celebrada entre el proveedor de software y el usuario final, en relación con los datos electrónicos como soportes de la creación intelectual -no en relación con el derecho de uso-. Entre ellas podemos mencionar la disponibilidad que tiene el usuario sobre los datos electrónicos que adquiere, la falta de límites temporales, la ejecución instantánea del contrato, la forma de pago y el plano de igualdad en el que se sitúan las partes contratantes.

- La disponibilidad que tiene el usuario sobre los datos electrónicos que adquiere.

Una diferencia entre el contrato de venta y el contrato de licencia o cesión de uso, está en que si bien éste último regula el uso del programa por parte del usuario; por el contrario, cuando el usuario compra datos electrónicos, no se limita ni condiciona, en ninguna forma su utilización, por cuanto la venta le otorga la propiedad sobre esos datos, y con ello, la plena disposición. Sin embargo, tal condicionamiento sobre el uso del programa no afecta la existencia del contrato de venta sobre los datos electrónicos, solo demuestra la estrecha relación existente entre ambos tipos contractuales. Para Massaguer Fuentes tal posibilidad de determinar contractualmente la finalidad con que puede ser usado el programa de computación reserva a su titular cierta capacidad de control sobre su efectivo uso y, consiguientemente, abre el contrato de venta de programas a ciertos elementos característicos de la licencia o cesión, que en ningún momento ocupan un lugar tan importante como para alterar la verdadera naturaleza del contrato (2000: 70).

- La falta de límites temporales.

Cuando se descarga un programa por Internet, la fijación de la copia en el soporte informático propiedad del usuario es indefinida, su permanencia dependerá del tiempo de vida útil que tenga dicho programa para el usuario. Por el contrario en materia de Derechos de Autor la fijación de un plazo que implique una vinculación per-

manente del autor es, en principio, nula o por lo menos debe considerarse reducido al plazo legal establecido.

- La ejecución instantánea del contrato.

Respecto a la duración de la relación contractual, el negocio jurídico que se celebra, entre el proveedor de software y el usuario, cuando el primero autoriza la transmisión del programa al computador del segundo, es una transacción que ocurre de manera instantánea, mientras que ceder el uso de un programa, a través de un contrato de licencia o cesión, crea una relación de tracto sucesivo entre el usuario y el titular de los derechos.

- La forma de pago.

En la contratación de software por Internet, no se realizan pagos periódicos sino un único pago por la adquisición del programa -característico de la venta-. Por el contrario, en los convenios de cesión de derechos de propiedad intelectual se suelen señalar los porcentajes de participación del autor, como retribución de la cesión y las bases sobre las que debe aplicarse ese porcentaje. Esto le otorga al cedente el poder de intervención para comprobar la buena y correcta utilización del programa que ha puesto en manos del cesionario y la marcha del negocio para establecer juicio sobre la corrección o incorrección de las retribuciones a percibir o percibidas (Rams Albesa, 1994: 782).

- El plano de igualdad en el que se sitúan las partes.

En las transmisiones de programas por Internet, las partes se sitúan en un plano de igualdad, creando un equilibrio entre ellas, propio de contratos civiles o mercantiles, como la venta. Por el contrario, en las cesiones de uso, verdaderos contratos de Derechos de autor, el legislador de la propiedad intelectual, ha brindado mayor protección a la parte más económicamente débil en las relaciones contractuales por él reguladas: el autor (lo cual separa al Derecho de autor de los esquemas operativos propios del tráfico civil y de

los puntos de equilibrio entre las partes propios de esta rama del ordenamiento jurídico).

Podríamos plantear como criterio de caracterización de la transacción electrónica como venta, la circunstancia de que en los contratos de licencia o cesión de derechos de propiedad intelectual, las partes negocian el contenido del contrato -derechos cedidos, remuneración, etc.-, comportando el establecimiento de relaciones duraderas entre cedentes y cesionarios y, por el contrario, en los contratos de venta de software no existen negociaciones sobre el contenido del contrato, el usuario declara su aceptación en los modelos preestablecidos por el vendedor-proveedor del software, e inmediatamente se ejecuta el contrato -entrega del programa-, que eventualmente pone fin a su relación contractual. Sin embargo, a pesar de la diferencia apuntada, en los contratos relativos a la venta y licencia o cesión de uso de programas de computación, tal diferencia no surge o por lo menos, no resulta fácil establecerla, por cuanto ambos tipos de contratación, responden a los criterios de la contratación en masa, que ha conducido a la celebración de contratos de adhesión y a la inclusión de condiciones generales en la contratación, bajo los cuales el usuario simplemente se adhiere a las condiciones de contratación establecidas por el proveedor-cedente.

En la actualidad, es significativa la utilización de contratos tipo y la falta de negociación, propia de los contratos con condiciones generales de venta son sin duda las consecuencias inevitables de las relaciones contractuales en masa. El número y la repetición de las ventas, la rapidez necesaria en su conclusión y la intervención de sujetos sin ningún poder de decisión, impiden de hecho, en la distribución moderna de bienes, toda negociación susceptible de modificar los modelos preredactados; la adhesión está psicológicamente facilitada por la utilización de textos impresos que aparentan ser inmodificables y por la utilización cada vez más frecuente de computadoras que acentúa también la abstracción de las relaciones contractuales (Ruiz Muñoz, 1998: 71).

Davara Rodríguez reconoce que los contratos sobre bienes informáticos, en muchas ocasiones, son contratos de adhesión, en los que una de las partes fija las cláusulas del contrato y la otra parte se adhiere, sin tener posibilidad de modificar ninguna de ellas (1997: 198).

Por ejemplo, las llamadas *swring-wrap licenses* o licencias de uso no personalizadas, características de paquetes de amplia distribución, donde la imposibilidad de tratar directamente con el usuario obliga al proveedor de software a ceder el uso del programa de forma genérica, a cualquier persona física o jurídica que adquiera el paquete y cumpla una serie de requisitos formales (por ejemplo, el acceso a los soportes físicos contenidos en un sobre precintado) que demuestran su voluntad inequívoca de aceptar las condiciones generales de la licencia.

De lo anteriormente expuesto, podemos concluir que si bien existen puntos comunes, en los cuales los dos tipos contractuales descritos, venta y licencia o cesión de uso, pueden coincidir, en realidad las características bajo las cuales se adquiere el programa y, más aún, el grado de disposición que tiene el usuario sobre los datos electrónicos comprados, permite calificar la transacción que sobre los datos electrónicos se realiza, como un contrato de venta, no del soporte corpóreo porque no existe, sino del soporte incorpóreo, es decir, los datos electrónicos que en conjunto conforman la copia del programa.

Delgado Echeverría, refiriéndose también a las *shrink-wrap licenses*, cree que si la licencia es sin límite de tiempo, el pago es de un precio único al recibir el ejemplar del programa, el licenciante no asume ninguna obligación de mantener al licenciatarario en el goce del programa, la calificación de venta parece inevitable (Delgado Echeverría, Op.cit.: 1480); Massaguer Fuentes (Op.cit.: 70) considera que la desestimación de un derecho de uso sobre el programa y la paralela liberalización de la reproducción, técnicamente necesaria para su utilización, marcan dos vías distintas para su comercializa-

ción: la venta de copias para la comercialización de los programas de computación estándar entre los usuarios, y la licencia o cesión de derechos de explotación para la comercialización de los programas de ordenador individualizados; para Gete-Alonso los contratos de adquisición de software de aplicación estándar normalmente son contratos de venta (adquisición de discos) y su característica principal es la de tratarse de contratos sometidos a condiciones generales (1991: 286); Gómez Peralas más en sintonía con nuestra posición opina que se trata de una transacción con dos formas contractuales sucesivas y que se refieren a objetos distintos: primero venta del soporte; después licencia del software (1999-1: 106 y 1999-2: 359).

7. Conclusiones

La tradicional distinción entre el soporte físico que contiene el programa y el programa como obra protegida por el Derecho de autor, se traslada a la distinción entre los datos electrónicos que contienen la copia del programa como soporte incorpóreo y el programa como creación intelectual; el programa cuando se comercializa en la Red, se contiene en soportes incorpóreos que hemos llamado datos electrónicos y que son en realidad impulsos electromagnéticos. Estos datos, constituyen bienes muebles incorporales y se diferencian inequívocamente de la categoría de los bienes muebles inmateriales, que tienen un régimen completamente distinto.

De lo anterior se desprende que tenemos dos objetos del contrato bien diferenciados. Por un lado, los datos electrónicos, regulados por el Derecho civil y mercantil, por el otro, la creación intelectual bajo el ámbito del Derecho de autor. La aplicación del principio de autonomía de la voluntad de las partes y la amplitud con la que el Código Civil describe el objeto del contrato, permiten a los datos electrónicos como bienes muebles incorporales que son, ser objetos de contratos a pesar de no estar literalmente acogidos por el mencionado texto legal. Además, en los datos electrónicos se encuentran presentes los requisitos pautados para el objeto del contrato.

Por tanto, cuando se transmiten programas en Internet, paralelamente a las licencias o cesiones de uso, se celebran contratos sobre los datos electrónicos que contienen el programa. La calificación jurídica de estos tipos contractuales, en atención a las características bajo las cuales se adquiere el programa y, lo que es más importante, el grado de disposición que tiene el usuario sobre los datos electrónicos adquiridos, no puede ser otra que la de venta, no del soporte físico porque no existe, sino del soporte incorpóreo del programa, es decir, de los datos electrónicos que en conjunto conforman el programa de computación. Ambos contratos, el de venta y el de licencia o cesión son contratos conectados en la causa de celebración, a partir de lo cual encaja la tesis de los contratos conexos.

Subsiste el problema de la intransferibilidad del derecho de uso, sin embargo, será necesariamente lícita la cesión de uso posterior del programa obtenida mediante la enajenación consentida por el titular de los derechos. Pero el efecto extintivo sobre el Derecho de autor, no se extiende más allá del derecho de uso, lo cual significa que la transmisión definitiva del programa por el titular de los derechos, solo agota ese derecho limitado -el uso- y respecto a ese ejemplar.

Lista de Referencias

- ALBA ESPIN, I. **Contrato de edición literaria**. Granada, Comares. 1994.
- ALBALADEJO GARCÍA, M. Comentarios a los art. 632 y 633 del Código Civil. En: **Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales**. Tomo VIII, Vol. 2. Art. 618 a 656 del Código Civil. Madrid, EDERSA. 1994.
- ALBALADEJO GARCÍA, M. **Derecho Civil**. T. II, Vol. 1°. Barcelona, Bosch. 1975.
- DAVARA RODRÍGUEZ, M.A. **Manual de Derecho Informático**. Pamplona, Aranzadi. 1997.

- DELGADO ECHEVERRÍA, J. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coordinador). En: **Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual**. Segunda edición. Madrid, Tecnos. 1997.
- DELGADO PORRAS, A. **Panorámica de La Protección Civil y Penal en materia de Propiedad Intelectual**. Madrid, Civitas. 1988.
- DIEZ-PICAZO, L. **Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial**. TOMO 1, 5º edición. Madrid, Civitas. 1996.
- DIEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A. **Sistema de Derecho Civil**. Vol. II. 8º edición. Madrid, Tecnos. 1999.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. **Estructura y función del tipo contractual**. Prólogo de Agustín Luna Serrano. Barcelona, Bosch. 1979.
- GETE-ALONSO, M.C. Contratos de explotación de los Derechos de Autor. En: **Cuadernos de Teoría y Práctica de Derecho Civil**. Derecho Civil II. Vol. 2. Madrid, La Ley. 1991.
- GIL RODRÍGUEZ, J., PUIG I. FERRIOL y OTROS. Interpretación y modificación del contrato. En: **Manual de Derecho Civil**. Vol. II. 2º edición. Madrid, Marcial Pons. 1998.
- GÓMEZ PERALS, M. **La cesión de uso de los programas de ordenador**. Madrid, Colex. 1999.
- GÓMEZ PERALS, M. Algunos aspectos civiles de la contratación electrónica en materia de licencia de software. En: **Informática y Derecho**. Nº 30, 31 y 32. Año, 1999. Mérida, UNED. 1999.
- GÓMEZ SEGADE, M. **El secreto industrial (know-how). Concepto y protección**. Madrid. 1974.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. **Elementos de Derecho Civil**. Tomo I-3. Segunda edición. Madrid, Dykinson, 2000.
- LÓPEZ FRÍAS, A. **Los Contratos Conexos**. Barcelona, Bosch. 1994.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M. La interpretación del contrato. En: **Derecho Civil. Obligaciones y Contratos**. Tercera edición. Coordinado por: VALPUESTA FERNÁNDEZ. Valencia: Tirant lo Blanch. 1998.

- MANRESA Y NAVARRO, J. Comentarios al artículo 1.271, 1.272 y 1.273 del Código Civil. En: **Comentarios al Código Civil Español**. Tomo VIII, Volumen 2°. Sexta Edición. Madrid, REUS. 1967.
- MASSAGUER, J. La adaptación de la Ley de Propiedad Intelectual a la Directiva CEE relativa a la protección jurídica de los programas de ordenador. En: **Revista de Derecho Mercantil**. N° 199-200. Enero-Junio. 2000.
- RAMS ALBESA, J. Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual. En: **Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales**. Coordinados por Albaladejo, M. y Díaz Alabart, S. Madrid, Edersa. 1994.
- RAMS ALBESA, J. Comentarios a los art. 1.271 y 1.272 del Código Civil. En: **Comentarios al Código Civil y compilaciones forales**. Tomo XVII, vol. 1-B, Artículos 1.261 a 1.280 del Código Civil. Madrid, Edersa. 1993.
- RODRÍGUEZ TAPIA, J.M. **La cesión en exclusiva de los derechos de autor**. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. 1992.
- RUIZ MUÑOZ, M. Introducción a la contratación con consumidores. En: **Estudios sobre Consumo**. No. 47. 1998.
- TOUBOL, F. **El software: análisis jurídico**. Traducción de Luis Moisset de Espanés. Argentina, Zavalía. 1990.