

José David Arenas Correa

Estrategias de autorregulación en bienes intangibles: el caso del *software*



UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA
1803

FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS POLÍTICAS

Colección mejores trabajos de grado

La colección Mejores trabajos de grado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, surge con el objetivo de hacer visibles los trabajos de grado de pregrado y posgrado de nuestra Unidad Académica que han sido distinguidos con la máxima calificación, y como una manera de reconocer a quienes, gracias a su esfuerzo, recibieron recomendación de publicación del texto completo por parte de sus jurados.

José David Arenas Correa

**Estrategias de autorregulación
en bienes intangibles:
el caso del *software***



**UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA**

1803

**FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS POLÍTICAS**

Colección mejores trabajos de grado

Estrategias de autorregulación en bienes intangibles: el caso del *software*

© José David Arenas Correa

© Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Edición: 2013

ISBN: 978-958-8790-84-8

Este libro hace parte de la colección

MEJORES TRABAJOS DE GRADO

de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

de la Universidad de Antioquia

Número 17

Corrección de textos: Andrés Vergara Aguirre

Diseño, diagramación e impresión: Imprenta Universidad de Antioquia

Erledy Arana Grajales

Calle 67 No 53-108, PBX: (57-4) 2195330

Impreso y hecho en Colombia / Printed and made in Colombia

Ilustración de carátula: Stock illustration: digital world. <http://www.sxc.hu/photo/1198414>. Subido por: ilco, 19 de junio 2009

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad de Antioquia

Oficina de Comunicaciones

Teléfono (57-4) 219 58 54

Correo electrónico: derecho@mitra.udea.edu.co

Página web: <http://derecho.udea.edu.co>

Ciudad Universitaria

Calle 67 No 53-108, bloque 14

A.A. 1226

Medellín - Colombia

El contenido de la obra corresponde al derecho de expresión de los autores y no desata responsabilidad institucional frente a terceros. Los autores asumen la responsabilidad por los derechos de autor y conexos contenidos en la obra, así como por la eventual información sensible publicada en ella.

Hecho el depósito que exige la ley.

Prohibida la reproducción parcial o total de este libro, por cualquier proceso reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo. (Ley 23 de 1982)

A David y Sara, impulsores de todo lo bueno en mi vida

Agradecimientos

Este trabajo no se hubiera podido realizar sin la valiosa colaboración de las siguientes personas:

El profesor David Tobón Orozco, quien aceptó el reto de asesorar un trabajo añejado y volverme al curso propicio para terminarlo.

Gabriel Ignacio Gómez Sánchez y María Cristina Gómez Isaza, quienes con generosidad sin límites contribuyeron en diferentes momentos a que mi orfandad de asesor durante la mayor parte del proyecto tuviese menos repercusiones.

Vicente Ramírez, a quien debo el redescubrimiento de estudios de Derecho que aparentemente no tienen conexión directa con mi trabajo de investigación, pero que abrieron mis fronteras de entendimiento y autocomprensión; a los profesores y profesoras que condujeron mi crecimiento intelectual durante los estudios de Maestría.

A Sandra, Nancy, Verónica, Jorge Hernán, Hernán Darío, Hernán Augusto, Rodrigo, Eduardo y Juan Fernando, compañeros que de uno u otro modo, con su propia actitud hacia el estudio y la investigación, constantemente me empujaron durante los estudios del posgrado a mi superación personal.

Finalmente, agradezco infinitamente a mi esposa Luisa, a mi familia, a mi padre, mi madre; a David, Andrés y Sara, por aceptar consciente o inconscientemente el tiempo sacrificado. A Shuleima, no sólo por su permanente comprensión, sino también por su ayuda en todos los frentes; por cooperar al entendimiento de los aspectos técnicos del campo estudiado, por soportar las ausencias y los desvelos, así como por su generosidad con quienes alguna vez tuvimos la fortuna de rodearla.

Contenido

Lista de figuras	12
Prólogo	13
Algunas abreviaturas y siglas utilizadas	20
Glosario	21
Proemio	27
Introducción	32
El análisis económico del derecho, una ubicación metodológica	34
<i>Análisis del problema de investigación planteado</i>	35
<i>Perspectivas metodológicas de abordaje del AED</i>	35
Sobre la perspectiva tradicional de aed en la investigación	36
Análisis de la metodología utilizada	37
<i>Influencia de la metodología institucionalista</i>	37
<i>Aspectos de la metodología tradicional de AED</i>	39
Transformación del trabajo de investigación	40
Teoría de contratos: construcción de un discurso autopoiético	43
1. El marco regulatorio del software	47
1.1 El <i>software</i> y su ubicación en la propiedad intelectual	49
1.2 La normativa colombiana	54
1.3 El caso colombiano como sistema de propiedad monopolística creado por la ley	68
2. Los contratos	71
2.1 Resolver el problema de la naturaleza de los derechos de propiedad	74
2.1.1 <i>Los beneficios</i>	76

2.1.2 Los costos	78
2.1.3 Relaciones costo-beneficio	81
2.1.4 ¿Cuál es la apuesta de la normativa existente?	84
2.2 Aspectos metodológicos y la recolección de la información	87
2.2.1 Información utilizada	90
2.2.2 Variables y cambios durante el proceso de investigación	92
2.3 Contratos que tienen por objeto el software	94
2.3.1 Contratos de prestación de servicios	95
2.3.2 Contratos de transferencia de derechos	100
2.4 Sobre variables esperadas que no se presentaron (ausencias): contratos de edición	111
3. Los contratos-estrategias	115
3.1 El juego de agencia en materia de contratación de <i>software</i>	115
3.2 Relaciones contractuales asimétricas	121
3.3 Subapropaciones de productos intelectuales objeto-pugnas de apropiación	122
4. Los contratos: situaciones generadas por la normativa de derechos morales	129
4.1 Objeto de protección diferente	129
4.2 Transferencia práctica de derechos globales sobre soporte lógico: inviabilidad de los derechos morales en materia de <i>software</i>	134
4.2.1 Imposibilidad del derecho de arrepentimiento	135
4.2.2 Imposibilidad del derecho a conservar íntegra la obra	136
4.2.3 Inviabilidad de acciones de responsabilidad civil	137
4.3 Alcance de la protección, y el verdadero plagio	138
4.3.1 Protección de la interfaz (incluyendo los elementos visuales y multimedia)....	139
4.3.2 Protección del código objeto y/o el lenguaje máquina	149
4.3.3 Caso de relaciones entre Colombia y países que no hacen parte de la Convención de Berna	162
4.4 Las “Traducciones de <i>software</i> ” - Viabilidad de las licencias de autorización de traducción	152
4.4.1 Caso de relaciones entre Colombia y países que no hacen parte de la Convención de Berna	155

4.5 Autorizaciones de reproducción de ejecutables o instaladores sin la intervención de los fabricantes	158
5. Derechos patrimoniales: hacia una nueva forma de propiedad	162
5.1 Excesiva protección	167
5.2 Riesgo moral entre los fabricantes	168
5.3 Riesgo moral en la relación con los consumidores	174
5.4 Cesiones de derechos patrimoniales sujetas a exclusión	184
5.5 No se trata de cesión de derechos, sino de licenciamientos	187
5.6 <i>Software</i> por encargo: resolución de problemas internos	188
5.7 La cesión de los derechos de distribución y el canal de distribución	190
5.8 Las excepciones y limitaciones a los derechos de autor en el caso de los programas de computación	191
5.9 Las copias para uso privado	194
5.10 Derecho de la competencia vs derecho de la propiedad intelectual	194
6. ¿Por qué la propiedad del software no resiste la aplicación de normativa derechos de autor <i>mutatis mutandi</i>?	197
Conclusiones	201
Bibliografía	209
Cibergrafía	213

Lista de figuras

Ilustración 1. Rutas de influencia de los estudios de Derecho y Economía (Law and Economics)	42
Ilustración 2. Etapas de la programación.	146
Ilustración 3. Interfaz de suite de oficina Openoffice.	147
Ilustración 4. Interfaz de la suite de oficina Microsoft Office (Word).	148
Ilustración 5. Valor de Derechos Patrimoniales de Autor	165

PRÓLOGO

Exordio, principio o preámbulo, son voces que designan el significado de un prólogo, discurso introductorio de una obra. ¿Pero, qué refleja éste? La respuesta no es única. Unas veces, lo constituyen palabras de diferente calado y naturaleza sobre el contenido del texto; en otras, serán párrafos de reconocimiento y presentación de su autor; en ocasiones, asimismo, mostrará el pensamiento del prologuista; en fin, buscará atraer la atención del lector y prepararlo en el encuentro con el libro.

Desde luego, pueden combinarse esas varias orientaciones. Las líneas siguientes lo pondrán de manifiesto.

El trabajo que presento, titulado **Estrategias de autorregulación en bienes intangibles: el caso del *software***, del juicioso y serio abogado José David Arenas Correa, a quien conozco desde hace algunos años, será de obligada consulta, pues su materia es novedosa y actual, signada por elementos especializados, cuyo manejo por el autor es riguroso y ceñido a la regla del artículo 29 del Código Civil, a cuyo tenor “Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han formado en sentido diverso”, directriz ésa que el doctor Arenas, invocando a Genaro Carrió, respetó sobre manera, a lo largo de los capítulos y mediante la incorporación de un completo glosario elaborado como base de su disertación, documentada en una amplia e importante bibliografía.

El interés del tema, el estilo del autor y su designio, son factores suficientes para recomendar el libro.

La historia jurídica enseña que la clasificación de los derechos en reales y personales no es de origen romano. El concepto de *proprietas* se atribuye a la romanística medieval y por definición, como la consignada por el artículo 669 del Código Civil Colombiano, es un derecho en una cosa corporal. Tanto que, de acuerdo con el artículo 670 del código, “Sobre las cosas incorpóreas hay también **una especie** de propiedad” (resaltado ajeno al texto). Y conforme al artículo 671 ibídem, “Las producciones del talento o del ingenio son una propiedad de sus autores”, constitutiva igualmente de una **especie** de propiedad que “se regirá por leyes especiales”.

En los adagios latinos –quizá brocados- se expresa que *Res incorporalia possideri non possunt*, es decir, “las cosas incorpóreas no pueden ser poseídas” (que en otra versión aparece como *Non possideri possunt res incorporales*).

Justiniano, en D. 1, 8, 1, al referirse a las diversas clases de cosas, recoge de las Institutas de Gayo (Título Primero del Comentario Segundo), que “Por lo demás, unas cosas son corporales y otras incorpóreas. Son corporales las cosas tangibles como un fundo, un esclavo, un vestido, una cantidad de oro o de plata y, en fin, otras muchas. Son incorpóreas las no tangibles”. Y en Gayo se lee que “Incorpóreas son las intangibles, como las que consisten en un derecho, a saber: la herencia, el usufructo, o las obligaciones de cualquier modo que se hayan contraído. Y no obsta que la herencia consista en cosas corporales, porque corporales son los frutos que produce un fundo, y corporal es también las más veces lo que se nos debe en virtud de una obligación, como un predio, un esclavo o una suma de dinero; y sin embargo el derecho de sucesión o de usufructo y una obligación son en sí cosas incorpóreas. Entre estas mismas se colocan los derechos de los predios rústicos y urbanos, llamados también servidumbres”.

Con este antecedente el artículo 664 del Código Civil advierte que “Las cosas incorpóreas son derechos reales o personales”.

Se observa, entonces, que la tradición jurídica en Colombia se forjó, en este campo, sobre el criterio de la propiedad como un derecho atinente a las cosas corporales, pues frente a las incorpóreas aquella no sería igual, por ser una *especie*. La jurisprudencia misma ha sido influenciada por ese sentido. Así, por

ejemplo, al estimar que “La propiedad privada, como fundamento de las relaciones económicas, sociales y políticas, ha sido concebida a lo largo de la historia, como aquella relación existente entre el hombre y **las cosas que lo rodean**, que le permite a toda persona, siempre y cuando sea por medios legítimos, incorporar a su patrimonio los bienes y recursos económicos que sean necesarios para efectuar todo acto de uso, beneficio o disposición que requiera” (Corte Constitucional, sentencia C-189 de 15 de marzo de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil, dictada con ocasión de demanda de inconstitucionalidad formulada con una disposición de la Ley 2 de 1959. Las negrillas no son de la sentencia).

La perspectiva de la dogmática, para un asunto como el software, traza el sendero para considerar que es una cosa incorporal, que puede ser tema de contratos comunes y sobre el cual hay una especie de propiedad.

Pero las categorías habituales, aunque no se abandonan, no son empleadas como eje en el estudio de José David Arenas Correa. Piensa él que “El construccionismo conceptualista, es tan solo una de las formas de entender los problemas que aborda el derecho, así como es viable la comprensión de los mismos desde bases teóricas diferentes con el propósito de satisfacer inquietudes académicas iguales o disimiles”.

Tal fundamento le sirvió para afrontar su examen a partir de postulados propuestos por la escuela del análisis económico del derecho –disciplina que emana, en opinión de quienes la cultivan, de las relaciones entre la economía como ciencia y el derecho como institución¹-, tras de identificar tendencias particulares suyas, como las corrientes de Landes, Posner, Calabressi. Su idea de comprender el contrato desde otro ángulo, lo llevó a considerarlo como “una relación que se teje entre individuos libres, sin reducir individuos en categorías jurídicas como la persona jurídica colectiva o natural, con el propósito de obtener a cambio de erogaciones determinadas alguna conducta o servicio. De alguna manera, pueden presentarse como lo que económicamente se entiende por relaciones de agencia, en el caso de muchos contratos de prestación de servicios, o como relaciones de

1 MARQUEZ ESCOBAR, Carlos Pablo. Anotaciones sobre análisis económico del derecho. Volumen I. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2005. p. 33

transferencia, en las que se confiere un derecho o potestad de forma definitiva y por una sola vez a favor de la otra parte”.

En efecto, según el autor

“[...] no se quiere repudiar la maravillosa y útil fuerza discrecional de dar orden a los conceptos, de hecho, este trabajo parte de tal postulado y busca antes que nada reorganizar los mismos desde un marco teórico diferente (marco de orden, clasificaciones y entendimientos igualmente arbitrario), el del análisis económico del derecho, en correlación con el elemento de lo técnico que envuelve el ámbito del software, para ofrecer un producto de exploración de la afinidad entre la construcción de lo ya elaborado a partir de la teoría del negocio jurídico, las obligaciones y la teoría específica de contratos en correlación con la realidad del fenómeno de la contratación sobre intangibles informáticos”.

¿Qué busca el análisis económico del derecho, en el caso de los contratos? Para la doctrina, como el objetivo del análisis económico del derecho es “analizar el impacto de las normas jurídicas sobre el comportamiento de los agentes económicos y determinar si estos efectos son socialmente deseables”, es evidente que dentro de ese esquema “el derecho tiene como función principal facilitar la operación de los mercados” y, por ende, “el contrato es una herramienta que permite planear en condiciones de incertidumbre. El derecho contractual se considera, a su vez, como un conjunto de reglas que tiene por objeto central reglamentar la celebración, el cumplimiento y la terminación del contrato, atendiendo siempre a criterios de eficiencia”.²

Eficiencia del contrato y planeamiento de sus términos, son según lo que antecede, dos metas en una teoría como la del análisis económico del derecho. Pero no cabe duda alrededor de su utilidad y particularmente en las relaciones contractuales que recaen en bienes o cosas que la ciencia y la tecnología han creado, no imaginadas por la *iuris prudentia* romana, no obstante haber sido ésta realmente práctica, como se la ha perfilado por siglos. Porque esas áreas, nacidas en el seno de la ciencia y la tecnología, no han sido cobijadas en Colombia por legislación que esté a tono con ellas —como no sucedió en el caso del bien **dominio.co** que quiso regular

2 ANZOLA GIL, Marcela. Análisis económico del contrato. En: Los contratos en el derecho privado. Bogotá: Legis y Universidad del Rosario. 2009. pp. 809 y 811.

la ley 1065 de 2006, derogada luego por la ley 1341 de 2009³– y permanecen sujetas a las disposiciones, no necesariamente aplicables de manera estricta, de leyes como la 23 de 1982 y 44 de 1993.

¿Qué es el software? ¿Es el software objeto de negociaciones jurídicas? ¿De cuáles y cómo deben ellas afrontarse?

Las **Estrategias de autorregulación en bienes intangibles: el caso del *software*** tratan de estos problemas, y “si las normas que regulan los actos jurídicos en general pueden ser aplicadas pacíficamente al fenómeno de la contratación sobre intangibles –en concreto del software- y en qué medida afecta la normatividad a aplicar la naturaleza del objeto regulado”.

Como punto de partida hallará el lector que con firmeza y con certeza, se incluye al software dentro del marco de la propiedad intelectual –integrada por “dos tipos de propiedades in extenso: los derechos de autor y copyright por un lado; y por el otro, las patentes, signos distintivos, diseños industriales, modelos de utilidad y secretos comerciales”, o propiedad industrial-, pero se hace reserva acerca de la perfecta aplicabilidad del ordenamiento que en esa materia rige en Colombia, sobre derechos de autor, porque “no fue pensada originalmente para sus especiales características” y porque “ha sido aplicada con la idea del “*mutatis mutandi*” para todo aquello pertinente, sin preverse que circunstancias que no ocurren por ejemplo en las obras de literatura, pueden presentarse en los asuntos de soportes lógicos y que la normativa existente da lugar a perplejidades que han generado complejos problemas a quienes encaran la realidad de la industria día a día”.

Justamente, se ocupa el texto de la normativa colombiana, después de ilustrar las posturas o tesis relacionadas con la concepción del software en el ámbito de la propiedad industrial y de las patentes, a través del examen del caso *DIAMOND vs. DIEHR* que fue resuelto por la Suprema Corte de Estados Unidos; y de la solución alcanzada en la Convención Europea de Patentes celebrada en Munich, en 1973. En aquella tarea describe el marco regulatorio general, que encuentra

3 Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y del conocimiento y se determina el marco general para la formulación de las políticas públicas en el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

conformado, con base en el artículo 61 de la Constitución Política de 1991, por instrumentos nacionales e internaciones, tales como el convenio de la OMPI (Ley 46 de 1979), el Convenio de Berna (Ley 33 de 1987), el tratado sobre derechos de autor (Ley 565 de 2000), el Decreto 1360 de 1989, Ley 48 de 1975 (adhesión de Colombia a instrumentos internacionales en materia de Derechos de Autor), la Ley 23 de 1982, la Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones y la Ley 44 de 1993.

Por este rumbo el doctor Arenas Correa asegura que el programa de computadora se asimila a una obra literaria y cita en su apoyo el artículo 1 del Decreto 1360 de 1989, artículo 4 Ley 565 de 2000 y el Convenio de Berna, artículo 10.

De la configuración del software en la forma propuesta, deriva el autor consecuencias jurídicas y prácticas variadas, que indica con detalle, sin dejar de lado su estilo concreto, mediante unas reflexiones de gran interés. Por ejemplo, aduce que la protección se brinda a través del software y no en las ideas y que los derechos de propiedad intelectual nacen con la creación del software y no con su registro. Además, resalta que el derecho sobre los programas de computadora cobija derechos morales y patrimoniales y trata sobre unos y otros pormenorizadamente.

Ahora bien, fiel a sus propósitos, José David Arenas Correa dedicó su esfuerzo, en el capítulo segundo, al análisis económico de los contratos sobre software. Recogió información y la obtenida la estructuró en una dimensión diferente a la común, a saber, en contratos de prestación de servicios y contratos de transferencia de derechos, categorías frente a las cuales, a pesar de haber sido claro desde sus primeros párrafos, observó que llegó a su formulación no por “un esencialismo sobre la naturaleza de los contratos como ha sido entendido por la dogmática, sino a la manera en que las partes (o la parte redactora en el caso de los contratos masa) entendieron sus asuntos contractuales y la naturaleza de la prestación que querían llevar a cabo”.

Sin duda, la comprensión de la realidad contractual, en el campo del derecho privado, depende de la apreciación de las conductas sociales de los contratantes, más que de los moldes imaginados por el legislador para regular los derechos y obligaciones de aquellos. La causa, en el sentido de función jurídica, económica y

social, como en la tesis de Emilio Betti⁴, mirada como razón del negocio jurídico, lo caracteriza como acto de autonomía privada (auto regulación) y determina su contenido mínimo necesario. Los hechos, entonces, abren el camino para que el derecho organice los contratos y esto parece ser así, con singular importancia, en los que versan sobre software.

Con tal panorama, el libro pasa revista a contratos de licenciamiento, de diseño, de mantenimiento de desarrollo, de parametrización o estructuración de las bases de datos que utilizarán los productos informáticos, de instalación, de readecuación (actualización o mantenimiento), de licenciamiento como concesión del derecho de uso, de concesión de derechos patrimoniales de autor, de arrendamiento de ejecutables y de transferencia viral de derechos.

Y en el progreso de la investigación, avanza ésta a otros capítulos, el tercero dedicado a las estrategias, siempre con el sello del análisis económico del derecho y con la claridad de ciertas premisas, como la de la asimetría de las relaciones contractuales cuyo objeto es el software; y los dos siguientes a los problemas relativos a los derechos morales y a los patrimoniales, el último de los cuales orienta el autor, en su epígrafe, como la construcción de una nueva forma de propiedad.

Queda, entonces, a disposición de la comunidad jurídica, un análisis diferente sobre los contratos que en la práctica cotidiana tiene como objeto el software, esto es, el llamado “soporte lógico” del sistema. Contratos que, de modo genérico, se podrán asumir como *informáticos*, sin ser desde luego los únicos. Tema, en fin, que hace parte de un conjunto más amplio, del derecho informático, al que pertenece igualmente el de la propiedad intelectual del software, que se examina y describe en las páginas que siguen.

Jorge Parra Benítez

4 BETTI, Emilio. Teoría general del negocio jurídico. 3ª edición. Madrid: Editorial Revista de derecho privado, 1983. pp. 142-43.

Algunas abreviaturas y siglas utilizadas

Adpic	Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio
AED	Análisis Económico del Derecho
Art.	Artículo
CAN	Comunidad Andina de Naciones
CP	Código Penal
CUDA	Convención Universal sobre Derechos de Autor
Inc.	Inciso
Lit.	Literal
Num.	Numeral
Ompi	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
PCT	Tratado de cooperación en materia de patentes
Trips	Adpic por sus siglas en inglés

GLOSARIO⁵

“Las definiciones legales obligan a todos aquellos que usen o apliquen las normas jurídicas, a entenderlas y emplearlas con el mismo sentido que le fuera dado por el legislador. Estas sólo pueden diferir de las demás normas prescriptivas de conducta en que la conducta prescripta sería, en este caso, verbal o lingüística.”

Genaro Carrió (Gherzi y Otros, 1992: 94)

Algoritmo: conjunto preestablecido de instrucciones o reglas bien definidas, ordenadas y finitas que permite realizar una actividad mediante pasos sucesivos que no generen dudas a quien deba realizar dicha actividad.[] Dados un estado inicial y una entrada, siguiendo los pasos sucesivos se llega a un estado final y se obtiene una solución.

Autor: persona física que realiza la creación intelectual.

Artista intérprete o ejecutante: persona que representa, canta, lee, recita, interpreta o ejecuta en cualquier forma una obra.

Bases de datos: conjunto de datos pertenecientes a un mismo contexto y almacenados sistemáticamente para su posterior uso.

Copia o ejemplar: soporte material que contiene la obra, como resultado de un acto de reproducción.

Código abierto (*Open source*): alusivo al código fuente, cuyo *software* y otros derechos que normalmente son exclusivos para aquellas personas que poseen los derechos de autor, son publicados bajo una licencia de *software* compatible con

5 La mayoría de definiciones de este listado se han elaborado tomando en cuenta las definiciones legales existentes en el ordenamiento jurídico colombiano, incluyendo la Decisión 351 de la CAN, la Ley 23 de 1982 y otras fuentes de derecho aplicables en Colombia. Las demás definiciones fueron obtenidas de diccionarios de programación.

la *Open Source Definition* o que forman parte del dominio público, por lo cual se fabrica y distribuye el *software* de manera que los receptores en el canal de distribución no sufren limitación para el uso o alteraciones sobre las fuentes del programa.

Código fuente: el código fuente de un programa informático (o *software*) es un conjunto de líneas de texto con las instrucciones que debe seguir la computadora para ejecutar dicho programa. Por tanto, en el código fuente de un programa está descrito por completo su funcionamiento.

El código fuente de un programa está escrito en algún lenguaje de programación, pero en este primer estado no es directamente ejecutable por la computadora o el *hardware*, sino que debe ser traducido a otro lenguaje (el lenguaje máquina o código objeto) que sí pueda ser ejecutado por el *hardware*. Para esta traducción se usan los llamados compiladores, ensambladores, intérpretes y otros sistemas de traducción.

El término código fuente también se usa para hacer referencia al código fuente de otros elementos del *software*, como por ejemplo el código fuente de una página web que está escrito en el lenguaje de marcado HTML o en *Javascript* u otros lenguajes de programación *web* y que es posteriormente ejecutado por el navegador web para visualizar dicha página cuando es visitada.

El área de la informática que se dedica a la creación de programas, y por tanto a la creación de su código fuente, es la programación.

Código objeto: código que resulta de la compilación del código fuente. Consiste en lenguaje máquina y se distribuye en varios archivos que corresponden a cada código fuente compilado. Para obtener un programa ejecutable se han de enlazar todos los archivos de código objeto con un programa llamado enlazador o compilador.

Derechohabiente: persona natural o jurídica a quien por cualquier título se transmiten derechos reconocidos.

Distribución al público: puesta a disposición del público del original o de copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma.

Divulgación: hacer accesible la obra al público por cualquier medio o procedimiento.

Ejecutable: un ejecutable o archivo ejecutable, es tradicionalmente un archivo binario cuyo contenido se interpreta por el computador como un programa. Generalmente contiene instrucciones en código máquina de un procesador en concreto, pero también puede contener *bytecode* que requiera un intérprete para ejecutarlo. Además suele contener llamadas a funciones específicas de un sistema operativo.

Emisión: difusión a distancia de sonidos o de imágenes y sonidos para su recepción por el público.

Fijación: incorporación de signos, sonidos o imágenes sobre una base material que permita su percepción, reproducción o comunicación.

Firmware: programas (*software*) híbridos que son fijados o incorporados de alguna manera en el *hardware*.

Fonograma: toda fijación exclusivamente sonora de los sonidos de una representación o ejecución o de otros sonidos. Las grabaciones gramofónicas y magnetofónicas se consideran copias de fonogramas.

Grabación efímera: fijación sonora o audiovisual de una representación o ejecución o de una emisión de radiodifusión, realizada por un período transitorio por un organismo de radiodifusión, utilizando sus propios medios, y empleada en sus propias emisiones de radiodifusión.

Ingeniería inversa: es el proceso de descubrir los principios tecnológicos de un dispositivo, soporte lógico, objeto o sistema, a través de razonamiento abductivo de su estructura, función y operación.

Interfaz de usuario: es el medio con que el usuario puede comunicarse con una máquina, un equipo o una computadora, y comprende todos los puntos de contacto entre el usuario y el equipo; normalmente suelen ser fáciles de entender y fáciles de accionar.

Malware: *software* con contenido malicioso que puede afectar el normal funcionamiento de los equipos, del sistema operativo o de otros soportes lógicos instalados en el equipo receptor.

Obra: toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma.

Obra audiovisual: toda creación expresada mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, que esté destinada esencialmente a ser mostrada a través de aparatos de proyección o cualquier otro medio de comunicación de la imagen y de sonido, independientemente de las características del soporte material que la contiene.

Obra de arte aplicado: creación artística con funciones utilitarias o incorporada en un artículo útil, ya sea una obra de artesanía o producida en escala industrial.

Obra plástica o de bellas artes: creación artística cuya finalidad apela al sentido estético de la persona que la contempla, como las pinturas, dibujos, grabados y litografías.

Oficina Nacional Competente: órgano administrativo encargado de la protección y aplicación del Derecho de Autor y Derechos Conexos.

Organismo de radiodifusión: empresa de radio o televisión que transmite programación al público.

Productor: persona natural o jurídica que tiene la iniciativa, la coordinación y la responsabilidad en la producción de la obra, como en el caso de una obra audiovisual, por ejemplo, o de un programa computacional.

Productor de fonogramas: persona natural o jurídica bajo cuya iniciativa, responsabilidad y coordinación, se fijan por primera vez los sonidos de una ejecución u otros sonidos.

Programa computacional (*Software*): expresión de un conjunto de instrucciones mediante palabras, códigos, planes o en cualquier otra forma que, al ser incorporadas en un dispositivo de lectura automatizada, es capaz de hacer que un computador —un aparato electrónico o similar capaz de elaborar informaciones—

ejecute determinada tarea u obtenga determinado resultado. El programa de ordenador (de computador), comprende también la documentación técnica y los manuales de uso.

Sistema operativo: *software* utilizado como plataforma e interfaz general para la interactividad entre el usuario y la máquina.

Software gratis (Freeware); *software* cuyas licencias son distribuidas gratuitamente.

Software muestra (Shareware): programa informático entregado sin cobro con una funcionalidad no plena, limitada bien sea en las diferentes tareas que puede ejecutar la versión con cobro o en la duración de la aplicabilidad completa del software. Su licenciamiento es gratuito, pero limitado o temporal con fines de servir de muestra para la posterior negociación onerosa de licencias.

Software libre o programas libres: *software* que concede libertades al usuario una vez este ha obtenido el producto. El Proyecto de Ley para la regulación de políticas en materia de software lo define como un

Software licenciado por su autor de manera tal que se ofrezcan a sus usuarios las siguientes libertades:

1. La libertad de ejecutar el programa para cualquier propósito (sin discriminar contra personas o grupos y sin imponer restricciones a las actividades para las que el programa puede ser utilizado).
2. La libertad de estudiar la manera en que el programa opera (incluyendo la realización de cualquier tipo de pruebas técnicas y la publicación de sus resultados) sin ninguna restricción y adaptarlo a sus necesidades particulares.
3. La libertad para redistribuir copias del programa (incluido su código fuente) a quien desee, bajo las mismas libertades que le fueron otorgadas.
4. La libertad de mejorar el programa y distribuir sus mejoras al público bajo las mismas condiciones que le fueron otorgadas con el programa original.⁶

6 Definición del art. 1 lit. c. del Proyecto de Ley para la regulación de políticas en materia de software, en consonancia con las posiciones de Stallman (2002). Aquí vale la pena advertir que en el concepto 1-2005-11420 de la Dirección Nacional de Derechos de Autor se confunde la definición de "software libre", atribuyéndole al código abierto las mismas características de aquel.

Software privativo (también conocido como propietario): es cualquier programa informático en el que el usuario tiene limitaciones para usarlo, modificarlo o redistribuirlo (esto último con o sin modificaciones).

Soporte físico: medio material en el que se encuentra contenida la obra protegida por el sistema de derechos de autor.

Soporte lógico: medio inmaterial de la obra, o la obra en sí con su contenido intelectual. Esta referencia de soporte lógico se hace normalmente en materia de programación informática, tomándose en otros términos en el caso de obras literarias o musicales, como “soporte inmaterial”, “*corpus mysticum*” u otras referencias al elemento intelectual de la obra.

Publicación: producción de ejemplares puestos al alcance del público con el consentimiento del titular del respectivo derecho, siempre que la disponibilidad de tales ejemplares permita satisfacer las necesidades razonables del público, teniendo en cuenta la naturaleza de la obra.

Retransmisión: reemisión de una señal o de un programa recibido de otra fuente, efectuada por difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes, o mediante hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo.

Titularidad: calidad del titular de derechos reconocidos por la normativa en materia de derechos de autor.

Usos honrados: los que no interfieren con la explotación normal de la obra ni causan un perjuicio irrazonable a los intereses legítimos del autor.

Uso personal: reproducción u otra forma de utilización de la obra de otra persona, en un solo ejemplar, exclusivamente para el propio uso de un individuo, en casos tales como la investigación y el esparcimiento personal.

PROEMIO



En la introducción a *Las palabras y las cosas*, Foucault presenta “El idioma analítico de John Wilkins”, de Jorge Luis Borges:

“[...]”

Ya definido el procedimiento de Wilkins, falta examinar un problema de imposible o difícil postergación: el valor de la tabla cuadragesimal que es base del idioma. Consideremos la octava categoría, la de las piedras. Wilkins las divide en comunes (pedernal, cascajo, pizarra), mólicas (mármol, ámbar, coral), preciosas (perla, ópalo), transparente (amatista, zafiro) e insolubles (hulla, greda y arsénico). Casi tan alarmante como la octava, es la novena categoría. Esta nos revela que los metales pueden ser imperfectos (bermellón, azogue), artificiales (bronce, latón), recrementicios (limaduras, herrumbre) y naturales (oro, estaño, cobre). La belleza figura en la categoría decimosexta; es un pez vivíparo, oblongo. Esas ambigüedades, redundancias y deficiencias recuerdan las que el doctor Franz Kuhn atribuye a cierta enciclopedia china que se titula *Emporio celestial de conocimientos benévolos*. En sus remotas páginas está escrito que los animales se dividen en (a) pertenecientes al Emperador, (b) embalsamados, (c) amaestrados, (d) lechones, (e) sirenas, (f) fabulosos, (g) perros sueltos, (h) incluidos en esta clasificación, (i) que se agitan como locos, (j) innumerables, (k) dibujados con un pincel finísimo de pelo de camello, (l) etcétera, (m) que acaban de romper el jarrón, (n) que de lejos parecen moscas. El Instituto Bibliográfico de Bruselas también ejerce el caos: ha parcelado el universo en 1000 subdivisiones, de las cuales la 262 corresponde al Papa; la 282, a la Iglesia Católica Romana; la 263, al Día del Señor; la 268, a las escuelas dominicales; la 298, al mormonismo, y la 294, al brahmanismo, budismo, shintoísmo y taoísmo. No rehúsa las subdivisiones heterogéneas, verbigracia, la 179: “Crueldad con los animales. Protección de los animales. El duelo y el suicidio desde el punto de vista de la moral. Vicios y defectos varios. Virtudes y cualidades varias.”

He registrado las arbitrariedades de Wilkins, del desconocido (o apócrifo) enciclopedista chino y del Instituto Bibliográfico de Bruselas; notoriamente no hay clasificación del universo que no sea arbitraria y conjetural. La razón es muy simple:

no sabemos qué cosa es el universo. “El mundo —escribe David Hume— es tal vez el bosquejo rudimentario de algún dios infantil, que lo abandonó a medio hacer, avergonzado de su ejecución deficiente; es obra de un dios subalterno, de quien los dioses superiores se burlan; es la confusa producción de una divinidad decrepita y jubilada, que ya se ha muerto” (*Dialogues Concerning Natural Religion*, V. 1779). Cabe ir más lejos; cabe sospechar que no hay universo en el sentido orgánico, unificador, que tiene esa ambiciosa palabra. Si lo hay, falta conjeturar su propósito; falta conjeturar las palabras, las definiciones, las etimologías, las sinonimias, del secreto diccionario de Dios.

La imposibilidad de penetrar el esquema divino del universo, no puede, sin embargo, disuadirnos de planear esquemas humanos, aunque nos conste que estos son provisorios. [...]

Esperanzas y utopías aparte, acaso lo más lúcido que sobre el lenguaje se ha escrito son estas palabras de Chesterton: “El hombre sabe que hay en el alma tintes más desconcertantes, más innumerables y más anónimos que los colores de una selva otoñal... cree, sin embargo, que esos tintes, en todas sus fusiones y conversiones, son representables con precisión por un mecanismo arbitrario de gruñidos y de chillidos. Cree que del interior de un bolsista salen realmente ruidos que significan todos los misterios de la memoria y todas las agonías del anhelo” (G.F. Watts, pág. 88, 1904).⁷

Clasificaciones arbitrarias inundan los constructos teóricos del derecho, o más bien, los constituyen.

En materia de obligaciones y negocio jurídico —o cuando menos de las estructuras de discurso que se reconocen como parte de estas parcelas del campo jurídico— existen clasificaciones que dejan denotar cómo el ejercicio de las abstracciones teóricas, en el caso del Derecho, imbuidas en la influencia de la jurisprudencia de conceptos y en el ejercicio académico simpatizante con la denominada “*dogmática jurídica*”; constituyen el ejercicio de cierta violencia sobre la capacidad creativa del conocimiento jurídico y sobre los modos de llegar a la comprensión de los contenidos o la arbitrariedad oculta en los consensos del lenguaje legal o de la comunicación académica.

Así, se encuentran clasificaciones de las obligaciones que si bien a ciertas escalas o niveles parecen contener una natural coherencia lógica, no pueden evitar la final derivación en esquemas caóticos en un mismo nivel: entonces, de obligaciones

7 Borges, Jorge Luis. “El idioma analítico de John Wilkins”. En: Foucault, 1984. P. 16 y ss.

según el objeto y según la fuente, a obligaciones de hacer o no hacer (en el caso del objeto), se pasa a obligaciones de dar, hacer o no hacer, a obligaciones civiles o naturales, a obligaciones de medio y de resultado, obligaciones pecuniarias, obligación *in natura* y las denominadas *dettes de valeur*,⁸ obligaciones personales, obligaciones reales o *propter rem*; igualmente, se elaboran clasificaciones variopintas en torno a las fuentes y se elaboran reclasificaciones a partir de los modos de las obligaciones.

Otro tanto de clasificaciones que hacen evidente el poder de la arbitrariedad creativa y organizadora del discurso de lo jurídico se presenta cuando se aborda la división del objeto de los contratos: se habla de la distinción doctrinaria entre el objeto del contrato y el objeto de la obligación, encontrándose en algunos autores que se tomó por objeto del contrato el tipo de operación jurídica que las partes escogen como reguladora de su negocio jurídico, con base en sus necesidades e intereses, y por objeto de la obligación, como la conducta a cargo del deudor, la prestación o prestaciones que las partes salen a deber y que se originan precisamente en el tipo de contrato que celebraron; pero luego se pasa a hablar de los requisitos de validez de los objetos, clasificándose entonces en existencia, en estar en el comercio, ser determinados o determinables, ser lícitos y ser posibles. Y se presenta la existencia como una condición absoluta y lógica, con referencias totalmente desenfocadas de las primeras calificaciones mencionadas en cuanto a lo determinado como objeto del contrato y lo determinado como objeto de la obligación, al presentarse ya el objeto como un algo “cosa” sobre la que recae el contrato:

Si el objeto no existe el contrato no tiene sobre qué recaer y carece de uno de sus elementos esenciales, v. gr. el apartamento 802 de un edificio que tan solo tiene cinco pisos [...] Igual situación se presenta cuando el objeto ha dejado de existir antes de la conclusión del contrato, v gr. el caballo azabache (cuerpo cierto) con gran aptitud para las carreras es objeto de venta y este perece un día antes de la celebración del contrato.⁹

Algo similar ocurre con los demás requisitos señalados, como estar en el comercio, ser determinado o determinable, ser lícito, ser posible, que se prestan

8 Cfr. Guevara, 2001: 4-40.

9 *Ibid.* 105.

a confusión por problemas de índole analítica perceptibles en una falta de claridad y establecimiento de un consenso previo, bien sea de lenguaje común o de lenguaje técnico para delinear los límites de la construcción teórica.

De lo anterior y de un sinnúmero de ejemplos en el marco de lo jurídico, se descubre cómo a pesar de la aparente perfección y coherencia lógica que envuelven las teorías jurídicas, éstas, en última instancia, obedecen a un criterio creador tan caprichoso como cualquier pretensión de acudir a la naturaleza de las cosas, que deriva su aparente armonía de los pilares —si se puede decir, axiomáticos—, sobre los que se erige todo el cuerpo del discurso.

No es gratuito que se presente como ejemplo la referencia al objeto de los contratos, que en este trabajo, al menos para efectos del título, guarda relación con el sentido de “cosa”, en el que es entendido naturalmente el término objeto y al que se desvían algunas construcciones jurídicas en materia de contratos, pese a la pretenciosa elaboración de sofisticadas distinciones dogmáticas al respecto. Con esto no se quiere repudiar la maravillosa y útil fuerza discrecional de dar orden a los conceptos; de hecho, este trabajo parte de tal postulado y busca antes que nada reorganizar los mismos desde un marco teórico diferente (marco de orden, clasificaciones y entendimientos igualmente arbitrario), el del análisis económico del derecho, en correlación con el elemento de lo técnico que envuelve el ámbito del *software*, para ofrecer una exploración de la afinidad entre la construcción de lo ya elaborado a partir de la teoría del negocio jurídico, las obligaciones y la teoría específica de contratos, en correlación con la realidad del fenómeno de la contratación sobre intangibles informáticos.

De una u otra forma, este modo de pensar y sistematizar el derecho influyó en la ejecución de la investigación, pues en la escogencia de variables se recurrió a situaciones de “naturaleza”, a la consulta de tipologías contractuales, quizás arbitrariamente elaboradas, y a la identificación de cláusulas que se estimaron como relevantes para el análisis. De igual forma, se llevó a cabo el cruce de variables en los diferentes casos que tuvieron por origen último unas esencias analíticamente difíciles, como lo es, en general, la construcción sobre los marcos del conceptualismo dogmático.

Teniendo en cuenta lo anterior, se advierte que las categorías formuladas por el investigador, nutridas de sus antecedentes y arbitrariedad, serán abordadas o analizadas bajo otra fórmula igualmente arbitraria, igualmente posible para la construcción del discurso jurídico; esta será la eficiencia económica, con el abordaje y comprensión enfocados en la realización de finalidades desde propósitos de mejor distribución de recursos y uso (interpretación, creación) eficiente de los dispositivos normativos.

INTRODUCCIÓN



La tradicional forma de celebración de actos jurídicos supone la escasez de los bienes sobre los cuales se adelanta la transacción, así como la condición de rivalidad de estos.

Esta última circunstancia que es supuesta al momento de teorizar sobre contratos, se convierte en una ficción cuando el objeto sobre el que se adelanta la negociación es parte de aquellos “bienes” que conforman el sistema de propiedad intelectual.

En efecto, ciertos bienes no se distinguen entre sí por la condición de rivalidad —sobre la que haré un señalamiento más profundo más adelante—, demandando un cuerpo jurídico que le dé existencia a normas de exclusión que generen la posibilidad de una explotación económica y alguna forma de “propiedad” sobre los mismos.

En tal dilema de la problemática de los llamados “bienes públicos” se han encontrado diversas creaciones del intelecto, invenciones, modelos de utilidad y signos distintivos, entre los cuales aparecen destacados, como fenómenos de los ya no tan recientes avances tecnológicos, los programas de computador.

El *software*, ubicado indiscutiblemente en el universo de la propiedad intelectual, con cierto grado de consenso en una esfera diferente de la protección de la llamada “propiedad industrial” y con grandes divisiones en el contexto del sistema anglosajón del *copyright* o en el sistema continental de los derechos de autor, ha encontrado en Colombia una regulación que no fue pensada originalmente para sus especiales características y que ha sido aplicada con la idea del *mutatis mutandi* para todo aquello pertinente, sin preverse que circunstancias que no ocurren, por ejemplo, en las obras de literatura, pueden presentarse en los asuntos de soportes

lógicos, y que la normativa existente da lugar a perplejidades que han generado complejos problemas a quienes encaran la realidad de la industria día a día.

Tales falencias normativas, que no se interpretan necesariamente como un “defecto”, ni implican tampoco la necesidad por el clamor de una producción normativa específica —solución siempre válida para el legislador de nuestro medio, que en muchas ocasiones genera mayores costos de transacción y perjuicios que soluciones a los problemas sectoriales—, han visto una válvula de escape en la autorregulación de los partícipes del sector para plantear algunas de las situaciones “incompletas” o riesgos meridianamente previsibles en un contrato de esta naturaleza.

El presente trabajo plantea como propósito abordar el estudio de la contratación, cuyo objeto son bienes intangibles no rivales tipo *software* o programas informáticos, con el objeto de constatar, por vía del análisis de la autorregulación contractual y de la dinámica de esta con las normas existentes que gobiernan el asunto de investigación, qué circunstancias propician la eficiencia regulativa en dicha industria.

Para efectos del desarrollo del estudio, tal y como se advirtió en el proemio, se hará uso de la herramienta metodológica del análisis económico del derecho (AED), por lo cual se hará una breve introducción a la misma en conexión con los elementos que sustentarán el estudio de los contratos en mención.

Posteriormente se abordará el marco regulatorio del *software* a nivel nacional, describiendo las normas jurídico-positivas existentes, así como las diferentes decisiones relevantes para el tipo de contratos abordados y la escasa doctrina y/o prácticas que se vienen presentando en nuestro entorno.

Acto seguido, con fundamento en la información obtenida a través de una muestra representativa de primer nivel, se describirán situaciones que deben resolverse a partir de la manera como se plantean las negociaciones cuyo objeto es el *software* y las tensiones que la legislación existente les impone, para pasar al estudio prototipos de prácticas contractuales que se vienen presentando en el

contexto jurídico nacional; de igual forma se abordarán situaciones problemáticas identificadas y analizadas.

Con base en las anteriores reflexiones, se procederá al estudio bajo el crisol del individualismo metodológico de las conductas y estrategias de los involucrados descubiertas en estas relaciones contractuales, planteando una ubicación de condiciones típicas de juego, como una modelación de agencia y la preponderancia de la asimetría contractual.

En los dos siguientes capítulos se abordarán los problemas de interacción entre normas externas y normas internas, en torno a situaciones de derechos morales de autor y en el caso de los derechos patrimoniales.

El último capítulo estará orientado a la pregunta fundamental de la investigación, conectada con la hipótesis que dio lugar a la misma: ¿las normas que regulan los actos jurídicos en general pueden ser aplicadas pacíficamente al fenómeno de la contratación sobre intangibles —en concreto del *software*—? y, ¿en qué medida afecta la normatividad a aplicar la naturaleza del objeto regulado?

Finalmente se presentarán unas conclusiones globales sobre el trabajo de investigación, no sólo a partir de las preguntas que dieron lugar a la hipótesis inicial, sino también de las respuestas obtenidas durante el proceso de investigación, sobre puntos clave en relación con la contratación del *software* desde la perspectiva teórica y metodológica abordada.

EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO, UNA UBICACIÓN METODOLÓGICA

Dado el propósito de la investigación y las fuertes bifurcaciones que ha sufrido el Análisis Económico del Derecho (AED en adelante) en cuanto a líneas y posibilidades de estudio, el presente trabajo hará uso de los elementos metodológicos comunes entre la escuela neoinstitucionalista y la línea tradicional del AED. Para darle sentido a la anterior afirmación, me permito llevar a cabo una breve contextualización metodológica del trabajo de investigación.

Análisis del problema de investigación planteado

Perspectivas metodológicas de abordaje del AED

Esta perspectiva problemática se identifica con la perspectiva de la *escuela institucionalista* (o neoinstitucionalista), *del AED*; no se pretende con ello identificar el trabajo como circunscrito única y explícitamente a esta corriente, sino identificar las influencias que desde el marco teórico de mi interés lo afectan.

Notoria será la incursión en la perspectiva institucional, teniendo en cuenta que en la propuesta de investigación, se reseñan estos aspectos al examinar, junto a otros elementos axiales, el problema de la comparación institucional entre la estructuración de sistemas de derechos de propiedad, y en concreto el constructo de la propiedad sobre intangibles. Así se coincide con las perspectivas institucionales de *Law and Economics*, “...desde las cuales el estudio del análisis económico del derecho tiene como meta la identificación de las variables instrumentales y de las cuestiones y procesos que fundamentan la operación de las instituciones jurídicas de significación económica...”,¹⁰ o, según otros, una perspectiva que trata, “como mínimo, de demostrar que las instituciones importan”, que

cada estructura organizacional distinta afecta los incentivos y el comportamiento, no obstante, las propias instituciones se consideran como objetos legítimos de análisis económico. Como lo ha expuesto Coase, es posible utilizar la teoría para analizar las instituciones de tal manera que su operación se explique y forme parte integral del modelo económico.¹¹

Estas instituciones entran en juego con un marco aun más rico de prácticas e instituciones sociales en torno a los constructos de propiedad intelectual, como la propensión a la defraudación de las exclusiones normativamente creadas y la no estigmatización de la violación al sistema de propiedad que implican los derechos de autor.

10 Allan A. Schmid, *Law and Economics: An Institutional Perspective*. Citado por Roemer, 1994: 41.

11 *Ibid.* 43. Véase también, Coase, 1960.

Ahora bien, existen aspectos del planteamiento y el desarrollo de la ejecución de este proyecto que escapan de la perspectiva netamente *institucionalista*, como el examen metodológico sobre la información y la inclusión de aspectos sobre dogmática y argumentación jurídica que derivan necesariamente del planteamiento del problema. Al primer aspecto me referiré más adelante; respecto a los dos últimos sólo me permito reseñar que el AED no es un obstáculo para la realización de estudios de carácter constructivista o analítico, sino que, por el contrario, puede ser una herramienta para el mismo o para la conjugación de las prácticas habituales de razonamiento económico en auxilio de las anteriores; cuando menos, es lo que este trabajo pretendió probar inicialmente, con la intención de construir o identificar una teoría de contratos, tomando como marco teórico el *Análisis Económico*, a partir de la verificación de estrategias de autorregulación concurrentes en materia de *software*.

SOBRE LA PERSPECTIVA TRADICIONAL DE AED EN LA INVESTIGACIÓN

Los trabajos en la línea tradicional del AED han sido catalogados en dos corrientes: los positivos y los normativos.¹² Aquellos tienen dos ramificaciones: una que toma por principal objetivo llevar a cabo estudios de conducta regulada al amparo del sistema procesal, que dan por sentado el sistema mismo (esta línea es propia de estudios como los de Landes);¹³ otra, es la que tiene por finalidad explicar el comportamiento de los individuos y de las empresas, regulado no por el proceso sino por la estructura propia del sistema normativo (corriente de Posner).¹⁴ En cuanto a los trabajos normativos, son aquellos que tienden a llevar a un nivel de

12 Para mayor claridad sobre las líneas, sublíneas, ramificaciones y autores, he elaborado un sencillo mapa que se anexa al final de este aparte (véase la ilustración 1). En dicho mapa aparece el Critical Legal Studies como el mayor detractor de corrientes como el AED con similitudes significativas entre una y otra identificada por algunos autores.

13 Entre algunos de dichos trabajos de Landes se pueden mencionar *The Economic Structure of Intellectual Property Law* (Harvard Univ. Press 2003); "The Economics of Legal Disputes Over The Ownership of Works of Art and Other Collectibles", En: *Essays in the Economics of the Arts*; *The Economic Structure of Tort Law*, Editado por Harvard Univ. Press 1987; "Causation in Tort Law: An Economic Approach", *Journal of Legal Studies*, enero de 1983; "An Economic Theory of Intentional Torts", En: *International Review of Law and Economics*, diciembre de 1981; "The Positive Economic Theory of Tort Law", *Georgia Law Review* (verano de 1981); (todos los anteriores trabajos de Landes, en colaboración con Richard Posner); y "Essays in the Economics of Crime and Punishment", En: *National Bureau of Economic Research*, 1974 (en colaboración con Gary S. Becker), entre otros.

14 La anterior escisión tiende a diluirse cuando se presentan trabajos en conjunto entre estos autores.

política legal el estudio del sistema normativo sobre asuntos concretos, haciendo uso de herramientas económicas; un ejemplo de este tipo de trabajo sería el de Calabresi.¹⁵

Al realizar un examen, se puede denotar que la investigación, si bien se acerca más fácil a la corriente positiva en su ramificación tipo Landes, de todos modos no encaja en ninguna de las perspectivas anteriormente escenificadas, porque tanto los trabajos de Landes como los de Posner,¹⁶ enmarcan sus estudios en relación con reglas ya sea procesales y de práctica jurídica (Landes),¹⁷ ya sea de cualquier carácter sustantivo y eventualmente procesal (Posner); pero siempre con reglas. El estudio propuesto recae más sobre conductas bajo referentes normativos, expresadas en la construcción de autorregulaciones para llenar vacíos contractuales.

ANÁLISIS DE LA METODOLOGÍA UTILIZADA

Influencia de la metodología institucionalista

En este caso, la investigación se distancia de la metodología tradicional de los estudios institucionalistas —por tal razón se menciona la influencia como posibilidad—. En la realización de esta investigación se siguió la siguiente ruta:

1. Selección de casos de naturaleza importante en relación con contratos cuyo objeto es el *software*.
2. Estudio de tales casos contractuales.
3. Fichaje de los mismos bajo diferentes perspectivas: el carácter público o privado de los contratos, el objeto prestacional, las cláusulas relevantes y la fuente de los mismos.

15 Es una opinión repetida de autores como Posner que textos como los siguientes de Calabresi son de índole normativo: El coste de los accidentes, Barcelona: Ariel, 1984 y “Some thoughts on risk distribution and the law of torts”. En: Yale Law Journal (1961), pp. 449 y ss.

16 William M. Landes y otros. Judicial Influence: a Citation Analysis of Federal Courts of Appeals Judges. En: Journal of Legal Studies, Jun98 Part 1, Vol. 27 Issue 2, p. 271, y Landes, , An economic analysis of the courts. En: Journal of Law & Economics, Apr71, Vol. 14 Issue 1, pp. 61-108, 8 charts.

17 Conducta de los agentes ante las normas procesales impuestas.

4. Identificación de instituciones, así como de situaciones concurrentes y problemáticas de autorregulación en la materia.

Como puede observarse, tal metodología —en este caso como descripción de pasos para la realización de la investigación— tiene diferencias con la perspectiva metodológica de los estudios *institucionalistas* en los siguientes aspectos:

1. No se utiliza de forma “pura” la metodología general de la perspectiva tradicional.
2. El postulado de *maximización de la utilidad ampliada* se utiliza para entender algunas conductas, pero de forma moderada y no generalizada. Es decir, se lleva a cabo la escogencia de una óptica que privilegia la asunción de las decisiones de los agentes en pos del bien de los estamentos, en lugar del supuesto de los agentes gubernamentales o subordinados gubernamentales como perseguidores de la maximización de la utilidad de las opciones individuales.
3. Sobre el aspecto de *individualismo metodológico* denunciado para las prácticas *institucionalistas* de actual usanza, con base en la información recolectada se pretende abordar los contratos desde una perspectiva de análisis de la conducta individual de sus partícipes.

Por otro lado, existen similitudes abiertas con la línea *institucionalista* en cuanto al abordaje metodológico:

1. Se asumen los *límites de la racionalidad* de los agentes: los individuos tienen una capacidad limitada para allegar y procesar la información. Esto sale a la luz, en el propio planteamiento del problema, al postular la posibilidad de estrategias disímiles en torno a problemas de contratación de intangibles.
2. Asimismo, el trabajo de investigación aborda el postulado metodológico de la presunción del *comportamiento oportunista*, en la medida que, al poner en evidencia la incongruencia de propósitos en los contratos, admite la posibilidad de un obrar *malintencionado* de los individuos bajo el manto de las instituciones con propósitos egoístas.

Aspectos de la metodología tradicional de AED

En el presente trabajo se llevó a cabo un ejercicio de recolección de campo y documental de información con la finalidad de constatar una correlación: por un lado, se obtuvo la información relacionada con las estadísticas de los contratos, categorías, así como cláusulas concurrentes.

Tomando estas dos dimensiones se escindió el trabajo de investigación, por una parte, en un examen externo de lo jurídico, sin reflexiones de índole dogmática o política normativas —de faz interna—, para abordar el proceso de contratación y construcción de autorregulación como un fenómeno dado. Y, por otra parte, una evaluación de los referentes metodológicos de la economía para la escogencia de variables descriptivas económicas de algún significado en relación con la conducta de los agentes. Siendo así, se convertía en un tema de trascendental importancia la perspectiva del análisis.

En cuanto a las similitudes metodológicas, hay que destacar las siguientes:

1. Se identifica el propósito del trabajo con el hallazgo de componentes sistemáticos de los fenómenos y la separación de esos componentes de los meramente aleatorios —o aislados—. Luego, se busca la *generalización* —a la que induce el propio modelo encontrado en la investigación— como algo positivo a pesar de la posibilidad de que sólo pueda explicar una porción —aunque, de acuerdo con las pruebas realizadas, muy considerable—, de los comportamientos examinados.¹⁸
2. No se problematiza sobre los factores de selección de construcciones de autorregulación. Por tal razón, encuentro supuesto el principio de racionalidad de los agentes económicos, en este caso de los intervinientes en la celebración de contratos que tienen por objeto los programas informáticos.
3. El trabajo, que establece un modelo posible de causalidad, lleva a cabo el propósito —metodológico común con la escuela tradicional del AED—, de examinar tanto los efectos marginales como totales, al crear unas posibilidades explicativas de una correlación, con la posibilidad incluso

18 En este sentido véase Roemer, 1994: 16.

de satisfacer el interrogante marginal o total en interacciones de ciertos fenómenos de autorregulación, con algunas circunstancias concurrentes en materia de contratos de *software*.

4. En cuanto a la característica *multidimensional* de los bienes y servicios, el trabajo propuesto plantea las variantes en las formas de propiedad que se presentan en torno a los bienes intangibles.
5. Se reconoció la existencia de autorregulaciones como respuestas construidas voluntariamente por los partícipes del mercado informático. Esta actitud coincide metodológicamente con la corriente tradicional de *Derecho y Economía*, toda vez que se evalúan arreglos contractuales a la luz de la posibilidad de otras opciones disponibles como la defraudación de las formas de propiedad impuestas por el legislador.
6. La utilización de los contratos como fuente de información jurídica guardó cierta afinidad con los estudios tradicionales del AED, en la medida que los resultados emanaron del estudio de los informes jurídicos particulares contractuales, así como de algunas fuentes de derecho nacional y de los antecedentes judiciales, en contraste con actitudes en torno a la norma visualizadas en la producción de las piezas convencionales.
7. De manera similar al obrar de la corriente tradicional del AED, hay un reconocimiento de la historia jurídica. Reconocimiento que en el caso de la investigación consiste en identificar la variación en la conducta de los usuarios jurídicos cuando existen diferencias en las condiciones de costos que la sociedad enfrenta.

TRANSFORMACIÓN DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

Intentar efectuar un trabajo sobre el marco teórico del AED, pero con una intención conceptualista, constructivista, es decir, generar teoría de contratos a partir de los hallazgos sobre contratación realizados en los estudios teóricos de *Law and Economics*, implica reconocer las facetas externas e internas que tendrá dicho trabajo sobre el Derecho como una disciplina no autónoma.

La pretensión inicial de la investigación era la elaboración de una investigación de *Derecho y Economía*, construyendo una mejor teoría de dichos contratos en términos de eficiencia —de ser esto posible—, por lo que es necesario un balance de las ópticas de producción.

Pese a lo anterior, observada la problemática desde las herramientas conceptuales del AED, se concluyó que precisamente era una aspiración errada basada en los prejuicios del conceptualismo inherente a la dogmática, y que había un marco teórico y metodológico mucho más enriquecedor al abandonar la pretensión de construir una “mejor teoría”, que implicaría una deconstrucción de discursos dogmáticos a partir del AED y una reconstrucción de un nuevo discurso dogmático utilizando al AED como rasero para medir la eficiencia de las reglas que derivaría del nuevo sistema.

Una perspectiva menos ambiciosa, pero no por ello menos rica, para abordar el problema, sería su propia deconstrucción a partir del AED y la identificación de situaciones de autorregulación en el mercado observado.

Por otro lado, de ambas propuestas de investigación se tiene, en relación con el ejercicio anteriormente elaborado, que los ejercicios de mapas, líneas, sublíneas y ramas de estudios sobre el Derecho son en última instancia ayudas para comprender de una mejor manera el contexto universal académico en que estos se desenvuelven, sus diferencias y similitudes con otro tipo de estudios, pero de ninguna manera una camisa de fuerza, pues los únicos verdaderos límites para la obtención de conocimiento son el objeto y el sujeto investigador. En cualquier caso, las rutas de investigación y líneas de profundización fungen como ayuda, pero nada más... o como diría Posner en torno a sus detractores dentro de los mismos estudios de *Derecho y Economía*, al resaltar que, ante todo, los estudios por cualquiera de las líneas al fin de cuentas son todos instrumentalizaciones del derecho al saber económico y por lo tanto igualmente valederas como investigación: “nueva economía institucional [...], no es más que economía, y [...] el movimiento del análisis económico del derecho no es más que economía también”.¹⁹

19 Richard Posner, citado por Roemer, 1994: 47.

Para finalizar este acápite introductorio, se presentará un mapa de recepción, que constituye un autoexamen sobre las posibles formas de identificar las líneas de influencia de este trabajo, no sin antes advertir que son rutas descritas por quien acabó elaborando este documento y que aun así no es una descripción suficiente de las influencias que se tuvieron o no para la elaboración del reporte final.

Como puede verse, la ejecución de este trabajo de investigación es una invitación al reconocimiento de lo que puedo hacer en este océano de penumbra, del cual apenas poseo un tenue albor de la playa.

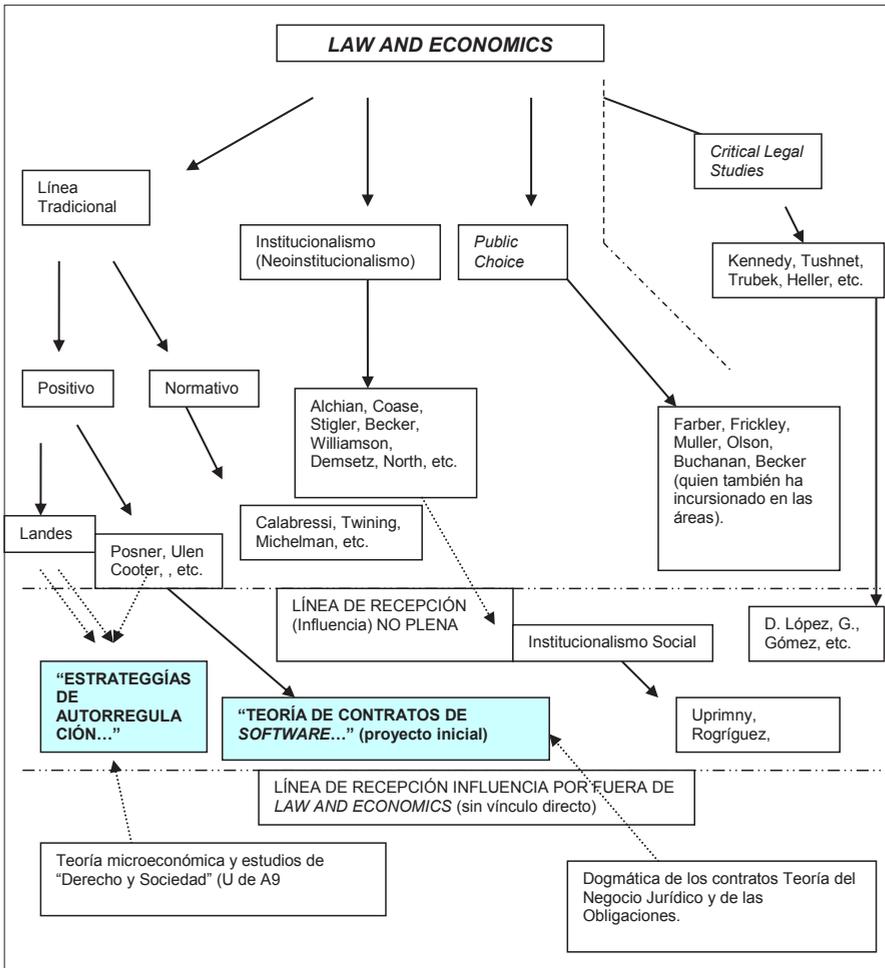


Ilustración 1 Rutas de influencia de los estudios de *Derecho y Economía (Law and Economics)*

TEORÍA DE CONTRATOS: CONSTRUCCIÓN DE UN DISCURSO AUTOPOIÉTICO

Decir entonces “contrato”, significa señalar una “estructura legal de regulación”, que enmarca la interrelación económica.

Carlos A. Gherzi, 1992

El tradicional abordaje del estudio de los contratos ha sido depositado en la perspectiva de la “teoría”, a la manera tradicional del constructivismo de la dogmática. Pese a lo anterior, algunos tratadistas de derecho privado dentro de nuestro contexto de *civil law*, han percibido el posible estudio de la problemática de los contratos desde perspectivas novedosas, aunque también, de un modo u otro, afectas a la jurisprudencia de conceptos; así, por ejemplo, Ricardo Lorenzetti escenifica de una forma algo circunspecta los caminos de construcción de una idea de contrato a partir de potencialidades tripartitas, proponiendo la apuesta de una construcción sistémica.²⁰

De igual forma, desde perspectivas ideológicas y disciplinarias disímiles pueden construirse conceptos jurídicos fundamentales, a partir de los cuales se implemente la construcción sobre un sistema de postulados axiomáticos (o conceptos fundamentales), en juego con otros conceptos “de derecho”, y se confieran respuestas de forma esquemática a las diferentes circunstancias en el orden contractual, se identifiquen “naturalezas” de determinados negocios y se acuda a otros constructos generales sobre la formación, existencia, validez, efectos y anomalías de los actos jurídicos —este término también concepto axial de tales teorías—, que dan vida al discurso del contrato.

El construccionismo conceptualista es tan solo una de las formas de entender los problemas que aborda el derecho, así como es viable la comprensión de los mismos desde bases teóricas diferentes con el propósito de satisfacer inquietudes académicas iguales o disímiles.

De esta manera, por ejemplo, en una perspectiva fuerte en componentes de AED,

20 Lorenzetti, 2001.

así como influenciada por la sociología del derecho, se puede entender el contrato como una relación que se teje entre individuos libres, sin reducir individuos en categorías jurídicas como la persona jurídica colectiva o natural, con el propósito de obtener alguna conducta o servicio a cambio de determinadas erogaciones. De alguna manera, pueden presentarse como lo que económicamente se entiende por relaciones de agencia, en el caso de muchos contratos de prestación de servicios, o como relaciones de transferencia, en las que se confiere un derecho o potestad de forma definitiva y por una sola vez a favor de la otra parte.

En dichas relaciones, ocurren circunstancias como el riesgo de apropiación indebida de los derechos, prerrogativas o bienes de la otra parte, de parte de quienes no dan el primer paso contractual o no reciben la contraprestación o incentivo en primera medida; esto se aplicaría a situaciones como el pago de un comestible en un establecimiento de comercio —bajo el riesgo de que el propietario se apropie del dinero y no confiera el bien solicitado—, o la concesión de licenciamiento de uso de programas informáticos.

La conducta de apropiación bajo un axioma microeconómico fundamental, como la actuación racional de los diferentes partícipes del mercado, correspondería a una actitud hacia la que los individuos tendrían una propensión natural bajo este supuesto del comportamiento humano, de no entrar en juego dos factores: la necesidad futura de entablar nuevas relaciones con los potenciales perjudicados de la defraudación, apropiación indebida o incumplimiento, así como la existencia de un sistema de incentivos al cumplimiento, expresado en la represión estatal o las instituciones jurídicas que otorgan viabilidad a la exigencia del cumplimiento para la consolidación de las prestaciones pactadas y las expectativas generadas.

De tal manera, los contratantes acuden, con diferentes valoraciones personales o valores subjetivos, a los bienes y servicios que pretenden demandar, asumiendo un proceso de negociación e información sobre sus posibilidades que implica costos de transacción y que también es relevante para la efectivización y estrechamiento de tales lazos contractuales.

En una sociedad libre, o al menos en la que los partícipes del mercado pueden perseguir sus propios intereses y la obtención de bienes y servicios a los valores

de uso que otorgan a las diferentes cosas o conductas, se llevarán a cabo estas relaciones de agencia o transferencia, siempre que un individuo valore más que otro el derecho, servicio o bien a transferir, y se encuentre en posibilidades de proporcionar contraprestación al valor que le otorga su actual propietario, o uno mayor. Esto, siempre que los costos de transacción que impone la imperfección del mercado, la ausencia o asimetría de información, el desgaste de la negociación y estructura institucional del medio en el cual se lleva a cabo dicha operación permitan ejecutarla.

El marco de los bienes intangibles, y en concreto de la propiedad inmaterial en sus diferentes formas de propiedad intelectual, la posibilidad de que se estructuren transacciones económicas sobre bienes atinentes al conocimiento deriva en gran medida de la capacidad de exclusión normativa, institucional y técnica que lleve a cabo el aparato estatal y los productores del conocimiento. Esto, porque dados los costos marginales cero o cercanos a cero de la reproducción del conocimiento ya adquirido después de la primera unidad, la valoración de dicho conocimiento no depende únicamente de las necesidades de quienes pretenden adquirirlo, sino también de las restricciones de estos a su acceso a costos cero para que se consideren necesarias relaciones de orden jurídico para definir ya sea relaciones de agencia o de transferencia de derechos sobre tales bienes.

Además del normal acontecimiento de la exclusión que deviene por circunstancias factuales en una relación de transferencia de propiedad sobre un bien escaso, como un mueble, derivadas de su característica de rivalidad y exclusividad, para la producción en el caso de bienes inmateriales de un discurso sobre eficiencia y viabilidad de una estructura jurídico-legal en materia de contratos —AED—, así como de efectos y situaciones en el marco externo de actitudes de los individuos, operarios e intérpretes frente al fenómeno del Derecho —sociología del derecho—, es indispensable analizar la manera como se estructuran sin la intervención normativa a través de las fórmulas de compromiso y reputación de parte de los protagonistas, formas garantizadas por el juego económico repetido que es la contratación innominada, de exclusión de propiedad, que reemplazan, no importando si en algunos casos ineficazmente, de forma nula o *contra legem*.

En tales juegos repetidos, aun sin la existencia de las instituciones económicas, los agentes crean los marcos de autorregulación para la construcción de una forma de propiedad que encuentra su camino en una realidad práctica innegable, que antecede a la construcción de las formas jurídicas de regulación apropiadas.

Este es el marco conceptual discursivo generador de sus propios conceptos, con influencias del AED en sus líneas tradicionales e institucionalista, así como de *critical legal studies*, en la cual se abordarán los problemas de la información recolectada, convirtiendo en un elemento de estudio la correlación de las instituciones legales del sistema de protección de derechos de autor contra las formas de implementar pactos contractuales, de forma ajena a la comprensión en términos de cumplimiento o no de la ley o de encuadramiento en el discurso dogmático tradicional de los contratos en cada situación, y en su lugar planteando los cuestionamientos de eficiencia de la norma a través de la verificación de las situaciones de eficacia en los diferentes planteamientos autonormativos.

1. EL MARCO REGULATORIO DEL SOFTWARE



El derecho de autor está totalmente pasado de moda, es un artefacto de la época de Gutenberg. [...] La mayor parte de la gente se preocupa de los derechos de autor limitándose a pensar en la cuestión de la facilidad de hacer copias. En el mundo digital, no sólo resulta importante esa facilidad, sino también el hecho de que la copia digital es tan perfecta como el original y que si se utiliza bien el ordenador, incluso mejor. De la misma forma que se pueden reparar errores de la cadena de bits, una copia se puede mejorar y limpiar de ruidos. La copia es perfecta.

Nicolás Negroponte (citado por Rodríguez, 2004)

Para ubicar la programación de computadora en su posición como “bien”, es necesario abordar las diferentes clasificaciones que han tenido las formas de propiedad sobre bienes intangibles a efectos de producir la forma de exclusión que da lugar al *software*.

La mayoría de bienes inmateriales con problemas de rivalidad y exclusión, han sido ubicados en la clasificación de la llamada “propiedad intelectual”;²¹ disciplinariamente se ha construido una escisión de este término para identificar dos tipos de propiedades *in extenso*: los derechos de autor y *copyright* por un lado,²²

21 Dicho calificativo ha generado debate desde quienes pretenden que no pueden existir formas de apropiación del conocimiento humano. Cfr. Stallman, 2002.

22 Si bien no son exactamente los mismo: los derechos de autor son la forma normativa acogida por los Estados de familias jurídicas neoromanistas continentales (del *civil law*), de origen francés y marcadamente predispuesta a la visión del derecho de autor como emanación de la personalidad del productor de la obra; mientras el *copyright* tiene un origen en los Estados del *common law*, y una influencia preponderante del utilitarismo, de donde por ejemplo no emanan derechos morales a favor del creador de la obra, y su cesión de los derechos patrimoniales es mucho más amplia y flexible que en el ámbito continental.

y por el otro las patentes, signos distintivos,²³ diseños industriales, modelos de utilidad y secretos comerciales, que se han enmarcado dentro de la denominada “propiedad industrial”.

Quizás la forma más poderosa de explicar las motivaciones de la diferenciación entre dos órbitas de propiedad intelectual está en que pese a que ambos polos propenden por la protección de una forma u otra de la originalidad en productos del intelecto; los derechos de autor o de *copyright* protegen primordialmente la expresión o la llamada “forma de expresión” de la ideas, mientras la propiedad industrial, especialmente las patentes, modelos de utilidad, diseños industriales o trazado de circuitos, tienden a proteger los métodos de aplicación de la ideas. En ambos casos, las ideas propiamente dichas no están protegidas.²⁴ Así, por ejemplo, en el caso de la idea de producción de un *software* que soluciona los problemas aritméticos básicos sobre cualquier par de números reales (calculadora), no es posible limitar a otros participar de esa misma idea con un diseño propio de *software* para el tema.²⁵

La ubicación de un producto del intelecto en alguna de las dos anteriores dimensiones guarda correspondencia con efectos sobre la manera como serán adjudicados los derechos y, naturalmente, tendrá un efecto en la estructuración de las autorregulaciones contractuales sobre estos bienes. De esta manera, la duración de los derechos de autor o *copyright* tiende a ser mucho más extensa que la de los derechos de la propiedad industrial; los derechos de autor tienden a proteger la creación artística como tal, mientras los derechos de la propiedad industrial se centran en la potencial explotación económica de las creaciones

23 Valga aclarar que si bien por necesidades de clasificación se hace alusión a esta tipología de propiedad industrial, para fines del análisis se resiste a las afirmaciones comunes que se harán sobre la propiedad intelectual, dadas las características que tienen en la relación costo-beneficio. En efecto, la propiedad marcaría o de otros signos distintivos produce un beneficio adicional en sentido social, como lo es la reducción de los costos de identificación e investigación de los productos por parte de los consumidores, que puede afectar el balance del análisis. Cfr. Landes y Posner, 1987: 265.

24 Cfr. el art. 9 num. 2 del Adpic; el art. 2 del Tratado de la Ompi sobre Derechos de Autor (WCT)”, adoptado en Ginebra, el 20 de diciembre de 1996, aprobado por medio de la Ley 565 de 2000.

25 De la misma forma que Gabriel García Márquez pudo escribir *El general en su laberinto*, un libro con base en la idea de los últimos días del libertador y su odisea hacia Santa Marta, idea que podría pertenecer a Álvaro Mutis pero que tendrá una forma sustancialmente diferente de expresión en cada uno de los autores. Este ejemplo, quizás ficticio, se fundamenta en la especulación sobre la dedicatoria del texto en cuestión.

protegidas; igualmente, los instrumentos de protección y legislaciones que los amparan son diferentes.

Así, entonces, la protección de derechos de autor encuentra los mecanismos de exclusión en el escenario colombiano por ejemplo a través del registro de la obra (aunque se concede también protección previa, supeditada a la posibilidad de probar que la misma es originaria del denunciante). Asimismo, la legislación de propiedad industrial genera marcos de protección a través del registro de los signos distintivos, diseños industriales, modelos de utilidad, y a través del mecanismo de las patentes.

1.1 EL SOFTWARE Y SU UBICACIÓN EN LA PROPIEDAD INTELECTUAL

La duda sobre el sector de la propiedad intelectual en que debía ser regulado el *software* ha sido mayoritariamente disuelta a favor de su protección, bien sea por el mecanismo del derecho de autor o por el de *copyright*. La argumentación económica utilizada para el efecto ha obedecido sobre todo a que los programas de computadora están compuestos básicamente de algoritmos,²⁶ lo que lleva a pensar en la protección de formas de expresión de grupos de algoritmos y no en algoritmos en sí, para evitar el dilema de crear un monopolio a la aplicación de una secuencia de programación que no pasa de ser una fórmula lógica para que un equipo ejecute algunas tareas, y que podría significar una protección indeseada a las ideas que contiene el *software* para resolver problemas concretos.

Por otro lado, los diseños de programas informáticos no llevan a novedades en la capacidad técnica de los equipos que los soportan, por lo que no pueden ser catalogados, por ejemplo, como invenciones —esto en la medida que el planteamiento dicotómico en la materia estriba en ubicar su protección por medio del sistema de “derechos de autor” o por medio del sistema de “patentes”—. Para

26 Valga aclarar que debe tomarse computadora en sentido amplio, toda vez que cuando utilizamos la expresión *software*, estamos hablando de programas que hoy en día tienen un mercado extensísimo, que incluso ha llegado a superar en equipos que los ejecutan a los teléfonos celulares y otros dispositivos tecnológicos que poseen procesadores y sistemas operativos y que técnicamente pueden ser identificados como “computadoras”, pero que en el lenguaje común tienen otra identificación en razón de su función originaria o primaria.

efectos de exponer de forma más clara la idea, se propone un ejemplo ilustrativo: en una pianola existe un medio técnico, el aparato musical, capaz de generar vibraciones en cuerdas instaladas dentro del aparato que en unas frecuencias de onda determinadas producen sonidos musicales. Este aparato puede ser “cargado” o programado con diferentes secuencias de órdenes para que ejecute diferentes piezas musicales, a través de unos rodillos con perforaciones que sustituirían la actividad del ejecutante. Estos rodillos, que contendrían unas secuencias determinadas por cada canción a ejecutar, serían el equivalente en lo que respecta a las diferentes secuencias de perforaciones, a los programas de computadora, y la pianola, a la computadora en sí. Siendo así, y consultando los fines de la protección por medio de los sistemas de *copyright* y de derechos de autor en contraste con la protección por medio del sistema de patentes, se verificaría que los primeros protegen expresiones en concreto o “formas de expresión” concretas, mientras los segundos (las patentes), métodos y aplicaciones prácticas de la técnica que constituyan novedades inventivas; en efecto, cualquier pieza que se coloque a la pianola, por perfecta que sea, no significa una mejora técnica al instrumento en sí, que seguirá teniendo las mismas limitaciones con las que fue fabricado; mientras que las diferentes secuencias de perforaciones no serían otra cosa que expresiones posibles a través de las frecuencias de onda que es capaz de generar la pianola.

Visto de esta forma, la estructuración de un *software*, reducida a su componente más básico —los códigos binarios o lenguaje máquina—, no es otra cosa que una de tantas combinaciones posibles de las secuencias que pueden ser interpretadas por los procesadores del equipo computacional, y por lo tanto, como lo podrían ser un texto de ficción o una composición musical, una combinación determinada de caracteres o símbolos para la expresión de una idea en concreto, y en tal medida, una forma de expresión.

Teniendo en cuenta lo anterior, no es gratuito que las diferentes legislaciones hayan apostado por el sistema de protección de derechos de autor para los productos informáticos de programación, especialmente por las serias consecuencias que implicaría en materia práctica una protección asimilada a la de mecanismos o avances de la técnica, que tratándose de *software* acabaría favoreciendo indirectamente conceptos e ideas.

Algunos detractores de la aplicabilidad de patentes al *software* han expuesto como ejemplo que de autorizarse patentes para el mismo, la productora que tuviese la idea de un procesador de texto para funcionar en una computadora, tendría el monopolio concedido vía patente de este tipo de aplicativo. Lo que en realidad es una exageración, que describe meridianamente la consecuencia; si es cierto, por su parte, que de protegerse con las garantías de las patentes un procesador de texto, todas las técnicas utilizadas por dicho programa serían inviables para otros competidores que no asumieran el costo de las regalías a favor del titular.

Ante lo anterior, se han desarrollado variadas estrategias para buscar acceder a estos monopolios más extensos que concede el derecho de patentes, ocurriendo casos en el marco internacional como *Diamond vs. Diehr*,²⁷ en el que una compañía productora de máquinas para la vulcanización de neumáticos pretendía patentar, de manera conjunta con su maquinaria, el *software* instalado en las mismas y unos algoritmos programados que permitían actuar mejor en el dispositivo de vulcanización. Dicho caso sentó como precedente la viabilidad del registro de la máquina por vía de patente, pero la inviabilidad del registro del algoritmo, esclareciendo los motivos de la decisión de la siguiente manera:

Nuestra conclusión respecto a los argumentos de los demandados no se ve alterada por el hecho de que en algunos pasos del proceso de una ecuación matemática y la programación digital es usada en un computador. Este Tribunal ha reconocido, sin duda, los límites a 101 y cada descubrimiento que no encaje dentro de los términos legales. Quedan excluidos de dicha protección de patentes: las leyes de la naturaleza, los fenómenos naturales y las ideas abstractas. Véase *Parker v Flook*, 437 EE.UU. 584 (1978); *Gottschalk v Benson*, supra, 67; *Funk Bros. Seed Co. v inoculante Kalo Co.*, 333 EE.UU. 127, 130 (1948). “Una idea en sí no es patentable”. *Rubber-Tip Pencil Co. v Howard*, 20 Wall. 498, 507 (1874). “Un principio, en abstracto, es una verdad fundamental, una causa original, un motivo, últimos que no pueden ser patentados, ya que nadie puede reclamar en cualquiera de ellos un derecho exclusivo”. *Le Roy v Tatham*, 14 How. 156, 175 (1853). Solo en último término, hemos explicado:

“[Ni Un] nuevo mineral descubierto en la tierra, ni una nueva planta encontrada en la naturaleza es materia patentable Del mismo modo que Einstein no pudo

27 Corte Suprema de los Estados Unidos. *Diamond (Comisionado de patentes y marcas) vs. Diehr et al*, 450 U. S. 175 (1981). En: <http://laws.findlaw.com/us/450/175.html> [Consultadon en enero 15 de 2011].

patentar su famosa ley que $E = mc^2$, Newton no podría haber patentado la ley de la gravedad. Porque tales `descubrimientos son manifestaciones de la naturaleza ..., con libertad para todos los hombres y reservados exclusivamente a ninguno. `” Diamond contra Chakrabarty, 447 EE.UU., en 309, citando Funk Bros. Seed Co. v Kalo inoculante Co., supra, en 130.

Nuestras posiciones recientes en Gottschalk v Benson, supra, y Parker v Flook, supra, ambos casos relacionados con la informática, representan no más de estos principios establecidos desde hace tiempo. En Benson, establecimos reclamaciones como no patentables por un algoritmo que se utiliza para convertir números decimales binarios equivalentes de código para números binarios puros. La única aplicación práctica del algoritmo estaba en conexión con la programación de un [450 EE.UU. 175, 186] de una computadora digital de propósito general. Se habla de “algoritmo” como un “procedimiento para la solución de un determinado tipo de problema matemático”, **y concluimos que este tipo de algoritmo o una fórmula matemática, es como una ley de la naturaleza, que no puede ser objeto de una patente.**²⁸

Así, las afirmaciones de la Corte Suprema norteamericana en materia de algoritmos de programación, teóricamente acercaron más el *software* a una línea de código genético que a una obra de literatura, pero tuvieron por relevante consecuencia afectar la manera de apropiación, especialmente en lo que respecta a la posibilidad

28 Corte Suprema de los Estados Unidos. *Ibíd.* [Las negritas son del original]. Traducción personal del siguiente texto: “Our conclusion regarding respondents’ claims is not altered by the fact that in several steps of the process a mathematical equation and a programmed digital computer are used. This Court has undoubtedly recognized limits to 101 and every discovery is not embraced within the statutory terms. Excluded from such patent protection are laws of nature, natural phenomena, and abstract ideas. See Parker v. Flook, 437 U.S. 584 (1978); Gottschalk v. Benson, supra, at 67; Funk Bros. Seed Co. v. Kalo Inoculant Co., 333 U.S. 127, 130 (1948). “An idea of itself is not patentable”. Rubber-Tip Pencil Co. v. Howard, 20 Wall. 498, 507 (1874). “A principle, in the abstract, is a fundamental truth; an original cause; a motive; these cannot be patented, as no one can claim in either of them an exclusive right”. Le Roy v. Tatham, 14 How. 156, 175 (1853). Only last Term, we explained:

“[A] new mineral discovered in the earth or a new plant found in the wild is not patentable subject matter. Likewise, Einstein could not patent his celebrated law that $E=mc^2$; nor could Newton have patented the law of gravity. Such discoveries are `manifestations of... nature, free to all men and reserved exclusively to none.” Diamond v. Chakrabarty, 447 U.S., at 309, quoting Funk Bros. Seed Co. v. Kalo Inoculant Co., supra, at 130.

Our recent holdings in Gottschalk v. Benson, supra, and Parker v. Flook, supra, both of which are computer-related, stand for no more than these long-established principles. In Benson, we held unpatentable claims for an algorithm used to convert binary code decimal numbers to equivalent pure binary numbers. The sole practical application of the algorithm was in connection with the programming of a [450 U.S. 175, 186] general purpose digital computer. We defined “algorithm” as a “procedure for solving a given type of mathematical problem,” and we concluded that such an algorithm, or mathematical formula, is like a law of nature, which cannot be the subject of a patent”.

de generar una restricción técnica a la utilización de ideas o a la solución de problemas a través de la programación de computadora.

Quizás una forma de reversión del anterior fallo sea la moda norteamericana de la protección de patentes a métodos de negocios, cuestión que dista del grado inventivo o técnico normal que es de esperarse en una aplicación por vía de patentes.²⁹

Por otro lado, en el contexto europeo continental se ha resuelto el problema por medio de la Convención Europea de Patentes celebrada en Munich en 1973, donde expresamente se advirtió el mecanismo de la patente como una forma inadecuada de protección a los programas de computadora. Pero dicha solución ha estado lejos de ser pacífica, sufriendo múltiples confrontaciones durante el último lustro, en el que, al amparo de una iniciativa holandesa, se ha pretendido obtener la aprobación de las patentes de *software*, o de “invenciones en la computadora”, que ha sufrido un fuerte rechazo por la comunidad europea, pero que alcanzó a gozar de tanta fuerza, que de no ser por el voto negativo polaco, pudo haberse convertido en normativa comunitaria europea antes de que se desistiera de este calificativo,³⁰ basándose en el estudio contratado inicialmente por la propia Unión Europea.³¹

29 Si bien en la información recolectada no se encuentra la pretensión de apropiación de la patente de *software* propiamente dicha, sino que hace alusión a casos en los que la información de patentes como efecto de transferencia de conocimientos puede quedar en manos de los autores del *software* o de los usuarios (Cfr. Contratos de licenciamiento Windows 7, Términos de licencia del suplemento para el *software* de Microsoft, Contrato Cifin, “Contrato de licencia de uso-mantenimiento de *software* y servicio líneas a y e suscrito entre el Depósito Centralizado de Valores de Colombia Deceval S.A. y...” Correspondientes a las fichas Nros. 134, 135, 44, 107 del fichaje colocado en la carpeta compartida de Dropbox para los lectores de este libro). Por otro lado, en un contrato muy relevante se denota cómo se asocia *software* a patentes cuando existe *hardware* involucrado a la manera del caso Diamond vs. Diehr, como en el caso del Contrato Sonic Solutions correspondiente a productos Roxio (Cfr. ficha Nro. 101).

30 Historia de la iniciativa disponible en http://ec.europa.eu/internal_market/indprop/comp/index_en.htm. [Consultado en enero 17 de 2011].

El editor de este texto sugirió durante el proceso suprimir las referencias a las fuentes directas, pese a lo anterior, se introdujeron las mismas en carpeta pública de la nube digital dropbox correspondiente al siguiente enlace: <https://www.dropbox.com/s/z0ovfgc73122o49/Fichaje%20terminado.zip> se sugiere una vez descomprimida la carpeta en el enlace, leer primero el archivo de texto de previa lectura. Las actualizaciones de esta base de datos pueden ser consultadas en la cuenta de twitter del autor: @arenascorrea.

31 Robert Hart, Peter Holmes y John Reid. Study Contract ETD/99/B5-3000/E/106: The Economic Impact of Patentability of Computer Programs. Unión Europea. Estudio contratado. 2000. Disponible en: http://ec.europa.eu/internal_market/indprop/docs/comp/study_en.pdf. [Consultado en enero 14 de 2011].

Algunas posiciones de rechazo al respecto,³² objetan bajo la percepción de que se trata de imponer un monopolio que en últimas significará la apropiación de los algoritmos y soluciones lógicas o procedimentales, así como de las construcciones binarias de los programas. Esto, para quienes detentan este tipo de rechazo, sería equivalente a suministrar derecho de apropiación sobre las “palabras”. La consecuencia de otorgar tal tipo de protección (la de patentes), en efecto implica un monopolio, pero no llega al grado de exageración de la anterior afirmación, pues las patentes se conceden bajo la idea de la novedad inventiva, sin que el tornillo que hace parte del diseño del aeroplano quede protegido bajo legislación de patentes, a no ser que pretenda patentarse el tornillo en sí.

En este orden de ideas, el verdadero desatino de la aplicación de la patente al fenómeno del *software*, es su falta de claridad en la ubicación esencial de los propósitos de una y otra protección, pues mientras en la de *copyright* y derechos de autor se protegen las formas de expresión, en la de patentes se protege la aplicación concreta; lo que repercute en últimas sobre las posibilidades prácticas de diseñar programas informáticos para resolver problemas similares a los resueltos por otros, en la medida que se restringe el derecho de aplicación, tomando el algoritmo como un invento y no como un descubrimiento del autor; tal tipo de monopolio, si bien es más corto en el tiempo que el propio de la legislación de derechos de autor, significa imponer costos prohibitivos a los competidores y a los consumidores que no significarían una respuesta eficiente de la norma a la búsqueda de alguna respuesta en términos de derechos de propiedad que incentive la creación en materia informática.

12 LA NORMATIVA COLOMBIANA

En torno a temas que regulen la propiedad inmaterial relacionada con el *software*, Colombia se gobierna por la normativa propia de los problemas inherentes a los derechos de autor, que tienen sus fundamentos remotos (cuando aún no se sistematizaba un sistema de protección de derechos de autor por oposición a un sistema de protección a la propiedad industrial), en normas constitucionales o legislativas de antigua data, como el art. 43 numeral 14 de la Constitución de

32 Ídem.

1858, art. 66 numeral 13 de la Constitución de Rionegro de 1863, art. 35 de la Constitución de 1886, así como en el aún vigente art. 671 del Código Civil, conforme al cual, “las producciones del talento o del ingenio son una propiedad de sus autores”.³³

Hoy por hoy, el fundamento constitucional, emana del art. 61 de la Constitución de 1991, de acuerdo con el cual “El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la Ley”, quedando en evidencia la existencia de un sistema más amplio de protección a la propiedad intelectual, que a través del desarrollo legislativo nacional, internacional y comunitario, separa los aspectos de derechos de autor (o *copyright* en el sistema anglosajón con sus diferencias marcadas) de los de la propiedad industrial, siendo los primeros a los cuales se acoge Colombia para la protección de la creación contenida en el *software*. Actualmente y en un sistema vigente, Colombia ha adherido al convenio de la Ompi (Ley 46 de 1979), al Convenio de Berna (Ley 33 de 1987), y al tratado sobre derechos de autor (Ley 565 de 2000),³⁴ en lo general; y en lo específico al Decreto 1360 de 1989.

33 Vale la pena aclarar que existieron productos legislativos que precedieron a los actualmente vigentes para la protección de los derechos de autor, como la Ley 86 de 1946.

34 Esto sin perjuicio de todos los instrumentos de los cuales hace parte Colombia en materia de propiedad intelectual, por ejemplo La convención de Roma, el Convenio de Berna, el Convenio de la Ompi, el Convenio de la Upov, el Convenio de París, el Convenio de Fonogramas, el Tratado de Cooperación en materia de Patentes, el Tratado de Nairobi, el Tratado sobre el Derecho de Autor, el Tratado sobre Interpretación y ejecución de fonogramas, etc. Dichas normas se clasificarán a continuación. En lo relativo a Normatividad relativa a Derecho de Autor en general, pueden consultarse: Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones (Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos); Ley 48 de 1975 (adhesión a la Convención Universal sobre Derechos de Autor, sus Protocolos I y II, y a la Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas, Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión); Ley 23 de 1982 (Sobre Derechos de Autor); Ley 33 de 1987 (adhesión al Convenio de Berna “Para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas”); Ley 44 de 1993 (modifica y adiciona la Ley 23 de 1982 y modifica la Ley 29 de 1944); Ley 545 de 1999 (adhesión al Tratado de la Ompi sobre interpretación o ejecución y fonogramas); Ley 565 de 2000 (adopción del Tratado de la Ompi sobre Derechos de Autor); Decreto 1360 de 1989 (inscripción del soporte lógico —software— en el Registro Nacional del Derecho de Autor); Decreto 460 de 1995 (reglamentación del Registro Nacional del Derecho de Autor y regulación del Depósito Legal); Decreto 162 de 1996 (reglamentación de la Decisión Andina 351 de 1993 y la Ley 44 de 1993, en relación con las Sociedades de Gestión Colectiva de Derecho de Autor o de Derechos Conexos); Decreto 1070 de 2008 (por el cual se reglamenta el artículo 26 de la Ley 98 de 1993). En lo correspondiente a la normatividad relativa a propiedad industrial: Decisión 291 de la Comunidad Andina de Naciones (Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías); Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones (Régimen Común sobre Propiedad Industrial); Decisión 689 de la Comunidad Andina de Naciones (adecuación de determinados artículos de la Decisión 486—Régimen Común sobre Propiedad Industrial, para permitir el desarrollo y profundización de Derechos de Propiedad Industrial a través de la normativa interna de los Países Miembros); Ley 178 de 1994 (adhesión al Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial); Ley 463 de 1998 (adhesión al Tratado de cooperación en materia de patentes —PCT—); Decreto 2591 de 2000 (Por el cual se reglamenta parcialmente la Decisión 486 de la

Las consecuencias de la anterior normativa sobre los productos informáticos se circunscriben a la idea de que *mutatis mutandi*, la normativa de los derechos de autor debe ser trasladada al caso de los soportes lógicos, lo que tiene como implicaciones la existencia de un sistema de derechos morales y uno de derechos patrimoniales de autor que regulan formas de propiedad sobre los programas de computadora; así como la aplicabilidad en términos generales de los preceptos de la Ley 48 de 1975 (adhesión de Colombia a instrumentos internacionales en materia de Derechos de Autor), la Ley 23 de 1982, la Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones y la Ley 44 de 1993 a los problemas que tienen como objeto inherente el *software*. Se asimila entonces el programa de computadora a una obra literaria (art. 1 del Decreto 1360 de 1989; art. 4 de la Ley 565 de 2000-Convenio de Berna, art. 10 num. 1 Adpic; art. 23 Decisión 351 de la CAN). Frente a su tipo especial de protección como obra literaria, se tipifica también la posibilidad de actos como el alquiler o renta (art. 7 de la Ley 565 de 2000, art. 11 Adpic) del soporte físico (que implica el licenciamiento temporal del soporte lógico y una situación diferente al *cloud computing*,³⁵ como fenómeno de arriendo del soporte lógico).

Dichos derechos, creados por vía de regulación de formas de propiedad, encuentran también protección en la legislación penal colombiana, en tipos penales como “violación de derechos patrimoniales y derechos conexos” (art. 271, num. 1 y 3 del Código Penal, en reformas introducidas por Ley 1032 de 2006 y la ley 1520 de 2012).

Adicionalmente, otros mecanismos de protección a los derechos de autor en sus dimensiones tradicionales tienen aplicabilidad en esta materia, como las sociedades

Comisión de la Comunidad Andina); Resolución 69699 de 2009 (tarifas de propiedad industrial para el año 2010). En lo que respecta a normatividad relativa a derechos de obtentor (en materia de variedades vegetales o regulación Upov): Decisión 345 de la Comunidad Andina de Naciones (Régimen Común de Protección a los Derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales); Decisión 391 de la Comunidad Andina de Naciones (Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos); Decisión 523 de la Comunidad Andina de Naciones (Estrategia Regional de Biodiversidad para los Países del Trópico Andino); Decreto 533 de 1994 (reglamentación del régimen común de protección de derechos de los Obtentores de variedades vegetales); Decreto 2468 de 1994 (derogación del tercer párrafo del Artículo 13 del Decreto 533 de 1994). Otras normas en Colombia relacionadas con derechos de autor, serían: Ley 603 de 2000 (por la cual se modifica el artículo 47 de la Ley 222 de 1995) y la Ley 1032 de 2006 (por la cual se modifican los artículos 257, 271, 272 y 306 del Código Penal).

35 Al respecto, Cfr. El numeral 5.3 de este trabajo: “Riesgo Moral en las relaciones con los consumidores”.

colectivas de gestión de derecho de autor reglamentadas por el Decreto 162 de 1996, que en virtud de la aplicabilidad del derecho de las obras literarias, también sería viable para la industria del *software*.

De igual manera, en nuestro ordenamiento jurídico ha sido expresamente excluido el *software* como un bien sujeto de patentabilidad aun en casos de solicitudes de registro de prioridad proveniente del extranjero, y aunque haya sido registrada la patente en un país donde esto fuera viable (Cfr. Regla 39 vi y regla 67 de la Ley 463 de 1998, aprobatoria del tratado de cooperación en materia de patentes PCT).

El posicionamiento, entonces, en órbita de derechos de autor, ha conllevado como consecuencia que los elementos básicos de que trata la normativa colombiana en materia de derechos de autor para obras literarias produzca efectos frente a las situaciones de los soportes lógicos. Así, por ejemplo, se tienen esta serie de instituciones derivadas del marco normativo nacional:

- I. En cuanto a elementos básicos de protección:
 - a. Se protege la originalidad en la forma de expresión a través del *software*, no en las ideas. Lo que implica que toda protección en torno a los programas de computadora se lleva a cabo sobre la manera en que se estructuran sus códigos fuente y sus interfaces para comunicación con el usuario, así como sus cuadros de diálogo, pero no habría lugar por ejemplo a la protección a la funcionalidad determinada al *software* que presenta una idea determinada o una solución concreta a un problema determinado. En este sentido y por expreso reenvío a las normas de obras literarias (como en todos los demás casos en los que se invoquen normas para este tipo de obras),³⁶ podrían tenerse en cuenta los arts. 6 de La ley 23 de 1982, 7 de la Decisión 351 de 1993 de la CAN, así como el art. 2 del Convenio de Berna (Ley 565 de 2000).
 - b. De igual forma, no se protege en Colombia el contenido ideológico, conceptual o técnico implícito en las obras, o en este caso, en el *software*, bajo el amparo de las normas de derechos de autor. Lo que implica efectos

36 Art. 1 del Decreto 1360 de 1989, art. 4 Ley 565 de 2000–Convenio de Berna, art. 10 num. 1 Adpic, art. 23 de la Decisión 351 de la CAN.

frente a las tecnologías, algoritmos o respuestas científicas que puedan tener lugar por medio de un programa. Sobre este punto son ilustrativas en el ordenamiento jurídico nacional las mismas normas referidas en el anterior numeral.

- c. Los derechos de propiedad intelectual nacen con la creación del *software*, no con su registro (arts. 9 de la Ley 23 de 1982, 52 de la Decisión 351 de la CAN, art. 4 de la Ley 44 de 1993; arts. 2 y 3 del Decreto 460 de 1995; art. 270 del Código Penal, reformado por la Ley 599 de 2000).³⁷
 - d. La protección es a la índole, pero no tiene en cuenta aspectos de gusto (grado), estéticos o, en el caso concreto del *software*, de funcionalidad. La protección se otorgaría a un programa como forma de expresión original sin que importe el calificativo crítico que recaiga sobre el mismo.³⁸
- II. En cuanto al ámbito de protección, se tiene que el *software* es susceptible de protección, bien sea como obra originaria, como obra derivada, como obra en colaboración, o como obra colectiva:
- a. Como obra originaria, en los casos en que el *software* es primitivamente creado, como obra que no derivó de ninguna otra.
 - b. En el caso de derivada, implicaría que el *software* protegido tiene origen en una adaptación, traducción, transformación, o cambio de lenguaje de programación de una obra originaria, siempre que constituya una creación autónoma.
 - c. Como obra en colaboración, tratándose de aquella producción que se hace de forma grupal, sin que haya lugar de forma clara a la identificación de los aportes individuales, que no pueden ser separados de los de los copartícipes (arts. 18 y 82 de la Ley 23 de 1982).³⁹
 - d. Como obra colectiva, se trataría del caso más común en el mercado de los intangibles informáticos; encajaría el *software* producido bajo la iniciativa

37 Cfr. Gómez Padilla, 2011: 35.

38 A manera de ejemplo, gozaría de la misma protección los programas de computadora para el control contable de una compañía, para el control de bombeo de medicamentos a pacientes hospitalizados, para el direccionamiento de misiles, que para seleccionar y colocar “*emoticons*” en un foro social a través de internet.

39 Cfr. Gómez Padilla, 2011: 34.

y orientación de un coordinador, encargado también de la distribución (divulgación), que lo publica bajo su nombre (arts. 19 y 83 de la Ley 23 de 1982).⁴⁰

III. En cuanto a los sujetos de la protección, el ordenamiento jurídico colombiano, al adoptar el sistema de Derechos de Autor por oposición al de *Copyright*, privilegió a la persona natural en materia de *software* como titular de unos “derechos morales” sobre el mismo. Bajo este sistema entonces sólo pueden ser autores o coautores propiamente dichos las personas naturales, y eventualmente ejercer derechos patrimoniales las personas jurídicas. La titularidad moral siempre recaería sobre una persona natural, bien sea productor directo o coordinador de la obra.

IV. En lo que respecta al contenido de los derechos de autor, el derecho sobre los programas de computadora se subdividiría igualmente en derechos morales y derechos patrimoniales.

Los derechos morales se encuentran íntimamente relacionados con el autor, que desde una óptica de la conexión con “la obra del espíritu” o del intelecto humano, se caracterizan por ser perpetuos, inalienables, imprescriptibles, inembargables e irrenunciables.⁴¹ Consisten principalmente en la posibilidad de conservar la obra inédita o divulgarla; reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento; y, oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor,⁴² de acuerdo con lo predicado por la normatividad andina, pero conforme a lo que complementa la Ley 23 de 1982, que no ha sido derogada por la Decisión 351 de la CAN; de acuerdo a lo dispuesto en su art. 2, se adicionaría también los derechos a modificarla, antes o después de su publicación, y a retirarla de la circulación o suspender cualquier forma de utilización aunque ella hubiese sido previamente autorizada (art. 30 lits. c. y e. de la Ley 23 de la 1982). De lo anterior deriva que la protección bajo la legislación de derechos de autor en lo que respecta a la dimensión moral existe para *software* de la siguiente forma:

40 Ibid. 35.

41 Cfr. art. 11 de la Decisión 351 de la CAN.

42 Ibid.

- a. A través de la inalienabilidad de los derechos de los autores, implicando ello la nulidad de toda operación de cesión de derechos morales.⁴³
 - b. Por medio de la imprescriptibilidad, así como la perpetuidad, la autoría moral del *software* daría lugar a la posibilidad de ejercer acciones en cualquier momento por vulneraciones de derechos morales, situación que si bien no está mencionada en la Ley 23 de 1982, ha sido entendida así por la doctrina, por encontrarse la faz moral en la categoría de derechos de la personalidad, lo que implica que se encuentran por fuera del comercio de tales derechos morales.⁴⁴
 - c. Derivado del carácter de inembargabilidad, la propiedad moral no se acercaría a las formas comunes de patrimonio, y por lo tanto no haría parte de la “prenda general” de los acreedores.⁴⁵
 - d. La irrenunciabilidad lleva a la nulidad cualquier pacto contrario, por medio del cual se pretenda abandonar los derechos que nacen por tratarse de “obras del espíritu”.
 - e. La perpetuidad conlleva la consecuencia de que los productos de soporte lógico gozan en Colombia de protección mucho más allá de su obsolescencia, pues se conecta la duración a la vida de sus autores.
- V. Los derechos morales de autor han sido escindidos en varias categorías, que pueden presentarse a continuación:
- a. Derecho moral de divulgación: que se puede expresar, en su faz positiva como un derecho a determinar cómo y cuándo se divulga su obra, y en su dimensión negativa, como un derecho a mantenerla inédita (también denominado derecho al inédito).
 - b. Derecho de paternidad: como la posibilidad de que los autores morales demanden el reconocimiento de su nombre o seudónimo en un lugar visible de la obra cada vez que es utilizada.

43 Esto en contravía con la posición de quienes manifiestan que la sanción a dicha característica de norma de orden público es la ineficacia. Cfr. Gómez Padilla, 2011: 38.

44 Cfr. Rengifo García, 1997: 127.

45 Las notas de inembargabilidad e imprescriptibilidad han sido agregada a las características de los derechos morales en virtud de la Decisión 351 de la CAN.

- c. El derecho moral a la integridad de la obra: que conlleva como consecuencia que los programas de computadora no pueden ser modificados o mutilados, en principio; y que asiste a sus autores derechos para que la obra sea publicada de la manera en que fue presentada originalmente.
- d. El derecho moral de modificación: que básicamente consiste en la posibilidad que le asiste al autor de llevar a cabo los cambios que a bien tenga sobre la obra antes o después de la publicación, tomando en cuenta el deber de indemnización a quien resulte perjudicado.
- e. Derecho moral de arrepentimiento: que implicaría la posibilidad por parte del autor de retirar la obra informática del conocimiento público, con la consecuente indemnización de los daños causados.

De las anteriores categorías, las contenidas en los literales a, b y c se encuentran tanto en la Decisión 351 de la CAN (art. 11), como en la Ley 23 de 1982 (art.30); mientras las contenidas en los lits. d y e se encuentran en la Ley 23 de 1982 en consonancia con la Convención de Berna y tienen aplicación simultánea en virtud de lo dispuesto en el art. 12 de la Decisión 351 de la CAN, que permite que la legislación interna de los países miembros reconozcan otros derechos de orden moral.

VI. Por otra parte, en el caso de los programas de computadora, también surgiría una gama de derechos identificados como derechos patrimoniales conforme a la tradición de derechos de protección a obras literarias. Dichos derechos patrimoniales son enajenables, transferibles, renunciables, expropiables, temporales y embargables. Estos derechos pueden ejercerse con independencia, por lo cual una forma de utilización autorizada no afecta las otras formas u otras posibilidades de utilización, a no ser que sean convenidas previamente.

Básicamente dichas potestades patrimoniales se dividen en la posibilidad de:

- a. El Derecho de Reproducción: que tiene por consecuencia la posibilidad de realizar, prohibir o autorizar la reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento. En el caso del soporte lógico *software* implicaría

*“el derecho del propietario de autorizar o prohibir la realización de copias de su obra, ya sea por medio impreso, sistemas digitales como CD Rom, y en general, por cualquier medio de reproducción conocido o por conocer”.*⁴⁶

- b. El Derecho de Comunicación Pública: que tiene como implicación la posibilidad de llevar a cabo la comunicación al público por cualquier medio de la obra, en el caso concreto del *software*, sea vía televisión, internet o incluso publicación escrita, donde la implicación no sea necesariamente la distribución de ejemplares (en el caso de las redes informáticas una de las discusiones se llevaría a cabo sobre la condición de reproducción de la copia que es otorgada a costo marginal cero por medio de la opción de “bajado” de las redes informáticas).
- c. El Derecho de Distribución: gracias al cual los titulares pueden llevar a cabo la distribución pública de ejemplares o copias mediante venta (del soporte material, que implica en sí un licenciamiento del lógico), licenciamiento, arrendamiento o alquiler.
- d. El Derecho de importación, que conlleva la posibilidad de importación desde territorio de cualquier país de las copias hechas sin autorización del titular.
- e. El Derecho de transformación: que implica la posibilidad de llevar a cabo la transformación de la obra, como su traducción, adaptación, arreglo u otra transformación o cualquier otra forma de explotación.

Que los derechos patrimoniales, a diferencia de los morales, puedan ser transferidos a título gratuito u oneroso a otras personas naturales o jurídicas, o bien por virtud de la ley pueden pertenecer a personas diferentes del autor como en el caso del *software* desarrollado bajo contratos de prestación de servicios o por encargo, genera situación de paralelismo en la ostentación de derechos que generan varias estrategias de autorregulación que serán descritas más adelante.

46 Cfr. página del Centro Colombiano de Derechos de Autor (Preguntas Frecuentes), consultado el 4 e abril de 2012. Disponible en: http://www.cecolda.org.co/index.php?option=com_content&task=blogcategory%20&id=7&Itemid=50

Dichos derechos patrimoniales tienen una duración más restringida que la de los derechos morales; así, el art. 18 de la Decisión 351 de la CAN establece que la protección de los derechos patrimoniales de las obras artísticas o literarias no será inferior a la vida del autor y 50 años más después de su muerte. Como consecuencia de lo anterior, y en atención a las propias disposiciones de la Decisión 351 (art. 59 inc. 2) y del Convenio de Berna (art. 19), al que adhirió Colombia por medio de la ley 33 de 1987, se aplica, para las personas naturales fabricantes de *software*, el art. 21 de la Ley 23 de 1982, en donde se determina que tal protección será por la vida del autor y ochenta años más después de su muerte.

Para el caso de las personas jurídicas, en ausencia de mejor protección por la ley 23 de 1982, el plazo de protección no es inferior a cincuenta años contados a partir de la realización (art. 18 de la Decisión 351 de la CAN), divulgación o publicación, de la obra, según el caso.

VII. En lo que respecta a los instrumentos de protección, habría que señalar que en materia de derechos de autor esta nace desde la concepción misma de la obra y no desde el registro. Pese a lo cual en el marco normativo colombiano se ha institucionalizado todo un procedimiento de registro para efectos de generar presunciones sobre la época principal de origen y sobre la procedencia de la obra. La normativa en materia de registro en lo que atañe al *software* se encuentra contenida en el Decreto 1360 de 1989.

Puesta en marcha cualquier situación de vulneración a la autoría de una obra, podría haber lugar a acciones de tipo civil o penal para su protección; las primeras, viables al amparo de la normativa depositada en la propia Ley 23 de 1982, de acuerdo con la cual los creadores, los titulares de derecho de autor y los titulares de derechos conexos (último caso que sólo aplicaría para el *software*, en el evento de contar dentro de los aspectos protegidos bandas sonoras o elementos musicales compuestos por el diseñador del soporte lógico), se entienden legitimados para exigir el cumplimiento de sus derechos a través de acciones civiles, las cuales les permiten presentar en demandas civiles con el objeto de que se protejan sus derechos bajo la anterior estructura de formas de propiedad (artículo 242 de la Ley 23 de 1982). Este tipo de acciones, en el caso colombiano, son instauradas ante la jurisdicción civil ejercida por la Dirección Nacional de Derechos de Autor en

procesos verbales (art. 24 num.3 literal b. y art. 390 num. 5 del Código General del Proceso), contando entre los elementos procesales especiales de protección, con medidas cautelares especiales (arts. 244 a 247 de la ley 23 de 1982).⁴⁷

Asimismo, existe la posibilidad de acudir a herramientas procesales penales, a través de denuncias contra quienes incurran en alguna de las acciones tipificadas en el CP, en los arts. 270, en lo que respecta a derechos morales, o 271, en materia de defraudación a derechos patrimoniales, viéndose la retribución de la pérdida económica en el ámbito patrimonial reflejada en el incidente de reparación de que tratan los arts. 11 lit. h., 15, 102 y ss., 134, 135, 136 num. 13, 137 num. 7, 447 inc. 3, 521, 526 del Código de Procedimiento Penal, que como tal —el incidente— no podría concurrir con las acciones civiles antes mencionadas.

Por otro lado, en el ámbito de las obras artísticas, en concreto las musicales, existen mecanismos administrativos de protección a los derechos de autor, que se ven reflejados en el art. 160 de la Ley 23 de 1982, el art. 66 de la Ley 44 de 1993, modificadorio del art. 161 de la Ley 23 de 1982 y el art. 162 de la misma ley. Claro está que no se observa con claridad la aplicabilidad al fenómeno del *software*, exceptuando aquellos casos en que integrado a algún *software* se encuentran otros productos susceptibles de protección a la propiedad intelectual, como la música, o el material multimedia en los videojuegos.

VIII. Es necesario también señalar, que existen limitaciones y excepciones a la protección que brindan los derechos de autor en materia patrimonial, que derivan de las siguientes circunstancias, contempladas en el capítulo VII de la Decisión 351 de la CAN y en el Capítulo III de la Ley 23 de 1982, y que no significan limitación a la aplicabilidad de los llamados derechos morales:

- a. El derecho de cita, que en el caso de soporte lógico podría verse reflejado en situaciones como la utilización de impresiones de pantalla de la interfaz, para, por ejemplo, ser utilizados en libros independientes de capacitación sobre el uso de un programa, sin que el uso de esta imagen

47 Sobre la aplicación de dichas medidas en el ámbito nacional resulta pertinente consultar la Providencia en segundo grado de mayo 31 de 1995, en el proceso Nro. 950413 del Tribunal Superior de Medellín, Sala Civil. M.P. Dr. Jaime Arturo Gómez Marín. En: Torres, 2000.

como cita corresponda a perjuicio alguno para el mercado o para los derechos patrimoniales de autor (arts. 22 lit. a. en concordancia con el art. 3 de la Decisión 351 de la CAN; art. 31 de la Ley 23 de 1982).

- b. Reproducción para enseñanza conforme a los usos honrados y sin fines de lucro (art. 22 lit. b de la Decisión 351 de la CAN).⁴⁸
- c. Reproducción para bibliotecas o archivos (art. 22 lit. c. de la Decisión 351, art. 38 de la Ley 23 de 1982).
- d. Reproducción para actuaciones judiciales o administrativas (art. 22 lit. d. de la Decisión 351 de la CAN, art. 42 de la Ley 23 de 1982).
- e. Reproducción o comunicación pública de artículos de actualidad, siempre y cuando no exista reserva (art. 22 lit. e. Decisión 351 de la CAN).
- f. Reproducción y difusión de acontecimientos de actualidad por razones de información (art. 22 lit. f. de la decisión 351 de la CAN y art. 10 bis par. 2 del Convenio de Berna).
- g. Reproducción o comunicación pública de obras orales, como discursos, con fines de información sobre hechos de actualidad (art. 22 lit. g. de la Decisión 351 de la CAN y el art. 35 de la Ley 23 de 1982).⁴⁹
- h. Reproducción o comunicación pública de obras artísticas situadas en forma permanente en lugar abierto al público (art. 22 lit. h. de la Decisión 351 de la CAN y art. 39 de la Ley 23 de 1982).
- i. Grabaciones efímeras por parte de los organismos de radiodifusión (art. 22 lit. i. de la Decisión 351 de la CAN, art. 179 de la Ley 23 de 1982 y art. 11 bis. Par. 3 del Convenio de Berna).

48 Vale anotar que durante el proceso de preparación para la edición del presente texto como libro, la Ley 1520 de 2012 introdujo una nota normativa bastante preocupante que ensombrece y relativiza el régimen de limitaciones y excepciones al establecer en el art. 12 que las limitaciones y excepciones se circunscribirán a aquellos casos especiales que no atenten contra la normal explotación de las obras o no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos. Contenido normativo que sólo produce ambigüedad en sobre los propios límites que creo la legislación.

49 Es preciso advertir también que la mencionada ley 1520 de 2012 introdujo incluso bajo la posibilidad de encontrarse bajo limitaciones y excepciones a los derechos de autor y conexos, la prohibición a la retransmisión a través de internet de señales de televisión, sean terrestres, por cable o satélite, sin la autorización del titular o titulares del derecho del contenido de la señal y, si es del caso de la señal (Art. 13). Lo que en últimas acabaría afectando el ejercicio de este límite a los derechos de autor.

- j. Realizar la representación o ejecución de obras por razones de enseñanza (art. 22 lits b. y. j de la Decisión 351 de la CAN, arts. 32, 149 y 164 de la ley 23 de 1982).
- k. Transmisión o retransmisión de una obra, siempre y cuando sea simultánea con la radiodifusión original (art. 22 lit. k. de la Decisión 351 de la CAN).
- l. Publicación de retrato con fines de interés público (art. 36 de la Ley 23 de 1982, art. 87 de la Ley 23 de 1982), situación que también comprendería la divulgación de imágenes con estos mismos fines o con fines culturales o científicos (Corte Constitucional, sentencia T-090/1996 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, art. 90 de la Ley 23 de 1982).
- m. Copia para uso personal y sin fines de lucro (art. 37 de la Ley 23 de 1982).
- n. Anotación y recolección de las lecciones o conferencias de los profesores (art. 40 de la Ley 23 de 1982).
- o. Reproducción de normas jurídicas (art. 41 Ley 23 de 1982, art. 2 inc. 4 del Convenio de Berna).
- p. Utilización de las obras en el domicilio privado sin ánimo de lucro (art. 44 de la Ley 23 de 1982).

Las anteriores limitaciones y excepciones no dan cabida a interpretaciones extensivas, sino restrictivas (*numerus clausus*), por lo cual es inviable en el sistema colombiano suponer un mayor número de excepciones al amparo de prácticas como la analogía (Cfr. art. 9 num. 2 del Convenio de Berna y art. 21 de la Decisión 351 de 1993 de la CAN). Pese a lo anterior, algunos autores han supuesto la viabilidad de excepciones incluso aplicables en materia de derechos morales,⁵⁰ proponiendo las siguientes situaciones por vía de interpretaciones extensivas:⁵¹

50 Cfr. Rodríguez Moreno, 2004.

51 No sobra advertir que por un fallo de la Corte Suprema de Justicia (Sentencia No. 038 del 23 de abril de 1987, Magistrado Ponente Dr. Jairo Duque Pérez), el principio de la aplicación restrictiva de las excepciones y limitaciones a los derechos de autoría ha sido relativizado, pues en demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el art. 37 de la Ley 23 de 1982, bajo el argumento del demandante de que la norma acusada discriminaba a los autores de obras científicas y literarias de los de obras artísticas no escritas (por cuanto por la redacción de los artículos al último tipo de autores no aplicaban la excepciones de copia personal), pese a que declaró la constitucionalidad de la norma, se argumentó, por parte de la Corte, que los autores de la copia personal de obras de arte actuaban en una conducta tolerable al no

- a. Excepciones al derecho de modificación, establecida en el evento de obras que requieren por razones científicas o técnicas la constante actualización y el editor lleva a cabo contratación para hacerlo cuando el autor no puede o no quiere hacerlo.⁵²
- b. Excepción al derecho a la integridad, en eventos de obras literarias, cinematográficas o culturales que podrían invadir la esfera del derecho de la intimidad de algún sujeto.
- c. En el caso de los empleados o funcionarios públicos aplicaría excepción a los derechos morales en virtud de interpretación amplia de lo dispuesto en el art. 91 inc. 3 de la Ley 23 de 1982, llevando a que por ejemplo un autor que actúa con ocasión o en ejercicio de sus funciones públicas, no podría argumentar derechos morales para mantener inédita la obra con perjuicio a los intereses de la entidad.

En el ámbito del *software* tales excepciones o limitaciones a los derechos de autor se han entendido de manera aun más limitada, tomándose por autores como Rodríguez Moreno por situaciones únicas las siguientes (obviamente en una interpretación restrictiva del capítulo VIII de la Ley 23 de 1982, que no se compadece de la instauración en capítulo aparte de las excepciones y limitaciones, sin exclusión ni mención específica de la inaplicación de todas estas para el caso del *software*):⁵³

- a. La realización de copia necesaria para utilización, copia de archivo o del *back up* o copia de seguridad de un programa informático (arts. 24 y 25 de la Decisión 351 de la CAN).
- b. La realización de copia interna en el computador, orientada al uso personal de un usuario único o monousuario (art. 26 de la Decisión 351 de la CAN).
- c. El caso de la adaptación del programa de ordenador para el uso personal del usuario (art. 27 de la Decisión 351).

estar expresamente prohibidas sus reproducciones, lo que es un contrasentido en conexión con la idea de la aplicación restrictiva de las excepciones.

52 Cfr. Rodríguez Moreno, 2004: 67.

53 Rodríguez Moreno, 2004: 103-106.

Las anteriores posiciones (de excepciones restringidas específicamente al caso de *software*) no son aceptadas como una interpretación posible, pues de conformidad con lo dispuesto en el Tratado Ompi sobre derechos de autor de 1996 (Toda) —al que adhirió Colombia por medio de la Ley 565 de 2000—, en el que se reitera la protección de los programas de computador como asimilada a la otorgada a las obras literarias (art. 4), así como al art. 10, bajo el entendido que la orden contenida en estas normas está dirigida a los estados contratantes para sus configuraciones legislativas y no como una orden dirigida a los intérpretes y operarios jurídicos de las relaciones sobre *software*.

Podría sintetizarse lo anteriormente visto como planteamiento normativo, en cuanto la regulación de la apropiación del *software* en Colombia se hace efectiva a través del sistema de la protección a la propiedad intelectual, en concreto de los derechos de autor, bajo la adaptación de la normativa atinente a obras literarias. La protección otorgada genera entonces un sistema de derechos morales y patrimoniales que en principio recae en los autores y eventualmente en el caso de los patrimoniales, en cabeza de terceros en virtud de actos de la voluntad. Sistema que contiene las características antes relatadas.

1.3 EL CASO COLOMBIANO COMO SISTEMA DE PROPIEDAD MONOPOLÍSTICA CREADO POR LA LEY

Como colofón del planteamiento normativo de la regulación de derechos de autor en el marco jurídico colombiano, es pertinente señalar que esta puede ubicarse en un sistema de derechos de monopolio creados por el Estado, o como lo pretenden algunos autores nacionales,⁵⁴ en un conjunto de medidas sobre aspectos de la competencia, entre ellos, mercados de naturaleza monopolística creados en virtud de la legislación nacional y bajo la idea unificadora del papel de dichos monopolios protegidos como consecuencias de la creatividad o del esfuerzo investigativo.

Estas posiciones, en el marco teórico asumido, nos permiten acercarnos a la manera en que es percibido el problema desde la óptica del AED, como el problema de situaciones de competencia imperfecta creadas a partir de la regulación estatal y

54 Cfr. Rengifo García, 1997: 23 y ss.

del sistema de protección por medio de formas de exclusión de bienes que por su naturaleza serían económicamente considerados como públicos. Resulta ilustrativo sobre la importancia de ese conducto para el estudio del problema, que autores inscritos en la jurisprudencia de conceptos lleguen a conclusiones similares sobre la ubicación de los derechos de autor y de su contexto más amplio de la propiedad intelectual, como un asunto jurídico del derecho de la competencia (o de fallas de mercado).⁵⁵

Naturalmente, esto no obstaculiza la concurrencia en el ámbito de la dogmática de múltiples teorías explicativas de la naturaleza de la propiedad intelectual, y en concreto de los derechos de autor que, pese a lo anterior, en sus efectos confluyen en el aspecto económico en la creación de una exclusión jurídica que conlleva a la exclusión de concurrencia, creando un monopolio sobre un determinado producto del intelecto. Lo que lleva a que tanto la tradición del *civil law* como la del sistema de *copyright* tengan efectos económicos similares al menos en lo que a la faz de los derechos patrimoniales respecta, con una gran sombra de duda en lo atinente a los derechos morales, constructo sobre el cual se erigen varios de los problemas abordados en la presente investigación.

Se le puede cuestionar al estudio del derecho de autor del *software*, que perciba este como una cosa, lo que lleva al implícito de tomar por sentada la teoría dogmática sobre la naturaleza de la propiedad intelectual como forma de propiedad. Pese a esto, y para efectos del estudio de eficiencias de regulación, bajo un marco metodológico de análisis marginal económico, esa es precisamente la forma de entendimiento que debe dársele, máxime cuando, como veremos, en las propias prácticas contractuales en muchas ocasiones la intencionalidad de los intervinientes es “vender” un bien o bienes que, por las formas en que se estructuran los discursos e instituciones nacionales de la propiedad intelectual, no entendemos como “bienes”; que en realidad no son “cosas” materiales apropiables, a no ser que intervenga un ejercicio técnico (como su inscripción en un soporte material o físico con unos mecanismos tecnológicos que impiden las copias o las dificultan) y un

55 En este sentido, Tullio Ascarelli propone el libro *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, y Remo Franceschelli en su *Tratado de Derecho Industrial*, propone la categoría de “derechos de monopolio”, dentro de las que ubica los problemas de la propiedad intelectual, y entre ellos, por supuesto, los de derechos de autor. Cfr. RENGIFO GARCÍA, 1997: 25.

ejercicio jurídico sobre dichas formas de expresión (a través de construcciones que han llevado a un sistema jurídico nacional de protección a los derechos de autor).

En vista de lo anterior, bastará señalar que el sistema jurídico colombiano se supedita a un rumbo en el que, vía conceptos jurídicos, se ha procurado otorgar protección a la conexión personal del autor con su obra, pero que a su vez genera situaciones de concurrencia reflejadas en las diferentes circunstancias de exclusión. Dicho sistema tiene por instituciones y fundamentos normativos básicos los arriba referidos, y ha sido aplicado *mutatis mutandis* a la protección de los programas de computadora. Sobre tal base, auscultaremos los contratos que vienen celebrándose con efectos jurídicos en nuestro país y que involucran ese “activo” intangible denominado *software*.

No en vano, en referencia a una situación como la anterior manifiesta Rengifo:

Las expresiones “derechos inmateriales” o “derechos intelectuales” denotan que estamos en presencia de un derecho diferente, difícil de conceptualizar cuando el jurista pretende explicarlo a la luz de categorías jurídicas tradicionales. La tesis del monopolio fundamenta el derecho de autor desde un punto de vista económico y acierta al ubicarlo dentro del régimen jurídico de la competencia, porque los derechos económicos de explotación exclusiva conferidos al titular de la creación lo colocan en una posición de privilegio frente a otros posibles competidores. Toda la amplia gama de posibilidades de uso de la obra de manera exclusiva y excluyente no puede pasar inadvertida en la actualidad ya que las creaciones intelectuales, con la ayuda de las modernas técnicas de difusión y comunicación, se han convertido en bienes de altísimo valor económico con notable incidencia en el mercado.⁵⁶

56 Rengifo, 1997: 74-75.

2. LOS CONTRATOS



“Las notas del piano (la, re, mi bemol, do, si, si bemol, mi, sol), las del violín (la, mi, si bemol, mi, sol), representan el equivalente musical de los nombres de Arnold Schoenberg, Anton Webern, y Alban Berg (según el sistema alemán por el cual H representa el si, B el si bemol y S (ES) el mi bemol). No hay ninguna novedad en esta especie de anagrama musical. Se recordará que Bach utilizó su propio nombre de manera similar y el mismo procedimiento era propiedad común de los maestros polifonistas del siglo XVI [...] Otra analogía significativa con el futuro concierto para violín consiste en la estricta simetría del conjunto. En el concierto para violín el número clave es dos: dos movimientos separados, dividido cada uno de ellos en dos partes, además de la división violín-orquesta en el conjunto instrumental. En el “kammerkonzert” se destaca, en cambio, el número tres: la dedicatoria representa al Maestro y a sus dos discípulos; los instrumentos están agrupados en tres categorías: piano violín y una combinación de instrumentos de viento; su arquitectura es una construcción en tres movimientos encadenados, cada uno de los cuales revela en mayor o menor medida una composición tripartita.

“Del comentario anónimo sobre el Concierto de Cámara para violín, piano y 13 instrumentos de viento, de ALBAN BERG (grabación Pathé Vox PL 8660)”.

Julio Cortázar, Rayuela

Los contratos se presentan en un dilema de agencia, como la manera en que las partes buscan dar solución por vía de autorregulación a los diferentes riesgos que pueden surgir durante su ejecución, siendo siempre y en todo caso una fórmula de solución incompleta o imperfecta en términos económicos para el margen de contingencias posibles.

En asuntos como aquellos donde el objeto sobre el cual recaen las obligaciones del contrato o la estructuración de su clausulado es un producto de soporte lógico, el problema de imperfección se ve agravado por la expansión de los límites de las capacidades técnicas que en ocasiones desbordan la previsión de los contratantes, cuyas estipulaciones primeramente elaboradas con algún nivel considerado inicialmente aceptable para las partes en la relación entre costo infinitamente

elevado de un contrato perfecto y el bajo costo de un contrato incompleto, pueden hacerse insuficientes con el advenimiento de técnicas que afecten los elementos pactados.

Adicionalmente, ante esquemas determinados por ley con aspectos jurídicos de orden público, como la autoría moral de las obras, y estructuras rígidas que emanan de la comprensión de la conexión entre el autor y su obra como una “del espíritu”, con especial protección a grado de irrenunciabilidad, la imaginación de los cocontratantes, se ve inclinada a buscar los medios que permitan preservar la forma de propiedad artificialmente construida por medio de las reglas de exclusión que trae el derecho de la propiedad intelectual, y a su vez a permitir la explotación y comercialización en términos que no sean prohibitivos y que posibiliten la transferencia de la propiedad o de los derechos de una manera que coincida con los valores que los partícipes del mercado confieren a los diferentes bienes o servicios.

Más allá de la pregunta de sí es necesaria o no una estructuración normativa bajo el sistema de los derechos de autor en el sistema jurídico colombiano, surge como problema de la teoría de contratos, en el sentido del análisis económico del derecho, de qué manera y bajo qué estrategias de autorregulación individual se gobiernan las relaciones en los diferentes juegos de agencia que se repiten una y otra vez teniendo por objeto un intangible informático.

La respuesta de los individuos involucrados en la relaciones a las que *mutatis mutandis* se les aplica un marco normativo antiguo para un nuevo tipo de “bienes” y/o “servicios”, permite identificar las estrategias dominantes, sea como un elemento de información “sociológico” del derecho o como un dato para el análisis económico de las conductas individuales al amparo de un ordenamiento jurídico, que acaba mostrándose carente de soluciones que encajen exactamente con la voluntad del mercado, dando lugar a una mayor carga en costos de transacción para la celebración de relaciones de comercio que generen un más alto grado de eficiencia social.

Por otro lado, se encuentra también cómo el diseño de un sistema de conexión “moral” entre el autor y su obra no necesariamente recompensa el bien jurídico

que pretende tutelar, ni necesariamente es un obstáculo para maniobras que en términos prácticos acaban venciendo el valor que se pretende tutelar.

El estudio de cuáles son los tópicos concurrentes de la negociación en sistemas cargados de normas imperativas, intereses de orden público, agendas legislativas sobre la construcción de valores intangibles, artificios para la creación de formas de propiedad y exclusiones no naturales a los bienes, permite entender cuál es la valoración que los involucrados en las transacciones dan a bienes o derechos que pretenden transferir o adquirir, y sobre los que asumen costos de transacción necesarios, a través de estructuras contractuales complejas, para llevar los mismos a realización.

En el marco de la jurisprudencia de conceptos, el conflicto es aun más profundo, pues la construcción de un sistema de entendimiento del contrato y la teoría sobre el mismo a partir de conceptos fundamentales y su asociación con otros conceptos, no deja avizorar cómo en ocasiones los contratos, el capital, las transacciones que se pretende realizar mediante los mismos, encuentran su camino, bien sea a través de las normas preestablecidas e invocando las instituciones “pertinentes” del sistema de propiedad intelectual, a través de estrategias de contratación cada vez más sofisticadas para encubrir la transformación a un discurso de formación y efectos o su completa ajenidad con el mismo, o con la simple declaratoria de guerra a las normas (prácticas *contra legem*), que al menos en apariencia no son objeto del presente trabajo.

Otras circunstancias hacen que el problema sea aun más interesante desde la perspectiva del AED. En efecto, una ingente cantidad del caudal de contratos recolectados, tienen origen en la práctica del contrato masa, que a pesar de que tiene por efecto disminuir el costo marginal de la contratación, dando lugar a que la parte más experimentada en el ejercicio de las relaciones contractuales plantee los riesgos más comunes y gravosos que deben ser regulados contractualmente, elevando prohibitivamente para muchos el costo de contratar o de obtener legalmente bienes artificialmente exclusivos; esto conlleva a la existencia de un fuertemente estimulado mercado negro del producto intangible, resultado de la pugna entre los incentivos que pretende crear la ley y la necesidad de

acceso a la información que tienen los demandantes que quedan excluidos por la estructuración masiva de los contratos, con los abusos posibles que esto implica.

En estas estrategias de construcción también puede observarse cómo el elevado precio contractual (no solo en términos monetarios, sino también de cargas y restricciones), genera una suerte de situación de control de precio por parte del oferente, quien alcanza óptimos rendimientos con ineficientes distribuciones de sus recursos intangibles —al menos en lo que al mercado legal respecta.

2.1 RESOLVER EL PROBLEMA DE LA NATURALEZA DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD

Los Estados contratantes,

Deseosos de contribuir al desarrollo de la ciencia y la tecnología,

Deseosos de perfeccionar la protección legal de las invenciones,

Deseosos de simplificar y hacer más económica la obtención de la protección de las invenciones, cuando esta protección es deseada en varios países,

Deseosos de facilitar y acelerar el acceso de todos a las informaciones técnicas contenidas en los documentos que describen las nuevas invenciones,

Deseosos de estimular y acelerar el progreso económico de los países en desarrollo, adoptando medidas que sirvan para incrementar la eficacia de sus sistemas legales de protección de las invenciones, tanto a nivel nacional como regional, permitiéndoles fácil acceso a las informaciones relativas a la obtención de soluciones tecnológicas adaptadas a sus necesidades específicas y facilitándoles el acceso al volumen siempre creciente de tecnología moderna.

Naciones contratantes, Ley 463 de 1998, aprobando el Tratado de Cooperación Internacional en Materia de Patentes

El principal problema para comprender la relevancia del estudio de la actividad contractual en torno al *software* se erige sobre el factor perturbador que representa la forma de estructuración de los derechos de propiedad en el ámbito de los intangibles.

En efecto, las legislaciones mundiales, bien sea por vía de *copyright*, de derechos de autor, de regulación de propiedad industrial y secretos comerciales, se han encargado de crear monopolio sobre bienes que por su naturaleza correspondían a la característica de bienes públicos en el sentido económico.⁵⁷ Estos monopolios fabricados y no naturales (idea sobre la que se profundizará y reiterará posteriormente), obedecen al constructo de la propiedad intelectual, basado en el propósito de generar incentivos a las creaciones “del espíritu”,⁵⁸ basado en la potencialidad de renta monopolística que estas pueden tener para sus fabricantes.

Visto lo anterior, en el ámbito de la propiedad intelectual, el derecho de la propiedad pasó de ser simplemente la proyección de una potestad a forzar legalmente a otros de la exclusión de otro bien o recurso sobre bienes que por su naturaleza permitían de forma pacífica llevar a cabo esta exclusión (rivales y exclusivos),⁵⁹ a ser una exclusión artificial, creada para aquellas creaciones intelectuales que, de lo contrario, se convertirían en bien público.

Dicha exclusión en materia de intangibles no genera el efecto de la rivalidad, pues el consumo que lleva a cabo un usuario, por ejemplo de una aplicación, no restringe la posibilidad de consumo de otro, que se lleva a cabo con un costo

57 Entendiendo por tales bienes en los que no se puede aplicar el principio de exclusión (no se puede excluir de su consumo a los usuarios que no estén dispuestos a pagar por ellos el precio correspondiente), como la seguridad, la defensa o la sanidad e higiene públicas, o bienes cuyo disfrute por una persona se comparte con otras sin un coste extra, por lo que su consumo no es rival. En este sentido, véase Landes y Posner, 2003.

58 Este es el término acogido en el ámbito nacional con el art. 2 de la ley 23 de 1982, encontrándonos ante una perspectiva netamente naturalista del problema de los derechos de autor.

59 En los cuales no es posible el consumo de A de dichos bienes sin diezmar la posibilidad de consumo de cualquier $\neg A$ (rivalidad); así como también la imposibilidad del disfrute simultáneo por parte de A y $\neg A$ sin generar un detrimento a la calidad del bien (exclusividad). Así, por ejemplo, cada mordisco que A da al pastel, inhibe a B de la participación del mismo, o cada minuto que está en ejercicio de la posesión del predio A, impide que B la ejerza (casos de rivalidad); por otro lado, los anteriores casos también significan que la utilización que A lleva a cabo no es susceptible de ser simultánea a la de B —al menos en lo que respecta al pastel que ya A tiene en su boca y a la franja del terreno sobre la que se ejerce efectivo derecho y custodia (exclusividad).

marginal prácticamente nulo (naturalmente, sin tomar en cuenta los costos de autorizaciones o licenciamientos de la parte fabricante).

Partiendo de la pregunta sobre la conveniencia normativa de una estructuración de derechos de la propiedad para los intangibles, el análisis generalmente ha iniciado —como se retomará en páginas posteriores— de una tensión entre los intereses de los creadores y los intereses de la sociedad; esto generalmente ha desembocado en la dicotomía entre “incentivos” y “acceso”, de la cual han derivado estudios de AED, que han indagado sobre los beneficios y costos sociales de la propiedad en general,⁶⁰ con el fin de explicar la estructuración de derechos de propiedad intelectual.

2.1.1 Los beneficios

Se ha comprendido que tradicionalmente los derechos de propiedad han conferido dos tipos de beneficios: unos considerados “estáticos” y otros, “dinámicos”.⁶¹

Los primeros han sido descritos a través de un ejemplo por Landes y Posner,⁶² basándose en los terrenos no cultivados utilizados comunitariamente para el pastoreo: si un propietario no estuviere en posibilidad de excluir a otros de la utilización de sus terrenos para el pastoreo, sufriría el deterioro de sus tierras y del espacio necesario para el pastoreo, porque a menos que la ley o los contratos intervinieran, los usuarios de sus pastos ignorarían los costos que le imponen al propietario, provocando la pérdida de peso de sus animales al exigirles utilizar más energía para poder obtener alimentos.

La conclusión sobre el beneficio de los derechos de propiedad estribaría en que estos permitirían una más eficiente y productiva explotación de la tierra de pastoreo para la sociedad en general; naturalmente, como es propio de los estudios de AED, sin tener en cuenta los arreglos distributivos que la ley creadora de dichos derechos lleve a cabo.

60 Para profundizar sobre estos conceptos véase Coase, 1960.

61 Cfr. Landes y Posner, 2003: 12.

62 Landes y Posner, 2003:12.

El paralelo de tierras de pastoreo comunitarias sería el dominio público de los derechos de propiedad intelectual, y en parte ha significado una justificación para generar normas de exclusión a estos derechos a fin de disminuir los costos para el productor de bienes intelectuales, generándole un incentivo a dicha producción.⁶³ Esta justificación queda sin fundamento por la no comprensión del fenómeno estático observado, desconociéndose que no estaría orientada a productores de propiedad intelectual, porque la misma ya sería un hecho generado (tierra no cultivada existente), sobre la que se estaría estructurando normatividad con la finalidad de impedir la incursión en mayores costos sociales de los partícipes del mercado. Entonces, si el beneficio estático obra como tal, sería por ejemplo para el caso de los distribuidores de intangibles, quienes tomando dichos intangibles como de dominio público, sufrirían un mayor costo y demérito en el servicio de información que llevan al mercado, si se mantuviera ese dominio público de productos intelectuales ya existentes. Esta sería una explicación plausible por ejemplo para circunstancias como las normas en materia de derechos de autor que protegen las obras derivadas (como por ejemplo, las traducciones, transformaciones y arreglos de obras, art. 5 Decisión 351 de la CAN, art. 8 lit. j. de la Ley 23 de 1982) o para el caso concreto de nuevas formas de expresión sobre obras de carácter universal o de dominio público.

Por otro lado, se encontrarían los beneficios dinámicos como aquellos que, volviendo al ejemplo de la tierra no cultivada, aplicarían a los propietarios para que por su inversión en siembra sobre la misma, les estuviese garantizado que durante el período de cosecha, serían estos los únicos beneficiarios. Supondrían (los beneficios dinámicos), por tanto, dos períodos: el de inversión y el de obtención de resultados. En el paralelismo de los derechos de propiedad intelectual, esta circunstancia se asemejaría a las etapas de investigación para la obtención de la

63 Landes y Posner (2003: 13) concluyen que es una justificación débil a las normas de exclusión, pues consideran imaginable un mundo sin terrenos de pastoreo comunitario, pero no con todos los derechos intelectuales exclusivizados: "*It is easy to image agriculture, without common pastures but difficult to image a system under which, for example, every possible combination of words, symbols, colors, and other marks of identification were owned, so that to launch a new bran done would have to buy a trademark*". [“Es fácil imaginar la agricultura sin pastos compartidos (comunitarios), pero difícil de imaginar un sistema en el que, por ejemplo, todas las combinaciones que pueden hacerse sobre las palabras, los símbolos, los colores, y otras marcas de identificación, sean poseídas, por lo que para lanzar un nuevo salvado de hecho tendría que comprarse una marca “.] Traducción del autor.

patente; la de redacción de la obra; o la de la fabricación de los códigos fuente en materia de *software*. En tal paralelismo, sí se observa claramente la necesidad de incentivar el esfuerzo de quienes invierten, generando reglas de exclusión para los períodos fructíferos de los bienes intelectuales obtenidos.

2.1.2 Los costos

En materia de costos de propiedad, se encuentra que estos pueden ser de transacción, de “persecución de la renta” y de “protección”; teniéndose que los primeros, en el caso de la propiedad intelectual, son bastante elevados para la sociedad, pues la definición de lo que es objeto del derecho de propiedad se complica en la medida que no puede especificarse que se trata de la obra misma en sí, sino de un componente creativo de la misma, que se hace más arduo de identificar y que genera un complejo despliegue de actividad transaccional para determinar en qué ocasiones se está efectuando una usurpación del derecho de propiedad intelectual de otro. En el caso del *software* es muy fácil identificar el costo de transacción que se presenta en la venta del primer soporte físico de un programa de computadora, pero no parece tan económico ni sencillo de realizar el acto de transferencia de derechos de explotación sobre la estructura del programa en sí, y su configuración en términos de códigos fuente, lo que hace de esta transferencia de derechos de propiedad un negocio con altos costos de transacción –en este último caso sí, de propiedad intelectual.⁶⁴

En segunda medida, los costos de la persecución de renta son aquellos que genera un sistema de derechos de propiedad cuando la inversión de múltiples actores en el mercado se convierte en una pérdida social mayoritaria que solo es compensada por la ganancia de alguno que obtiene la renta perseguida por todos. La forma más sencilla que se ha encontrado para ilustrar este tipo de costos, es en el ejemplo de los cazadores de tesoros. Si, por ejemplo, la sociedad tiene una cuantiosa cantidad de bienes abandonados o perdidos, producto de un naufragio, cuyo valor estimado asciende a 100, cualquier individuo racional, que prevea que la inversión en la búsqueda y cacería del tesoro asciende a 10, abordaría dicha búsqueda

64 Nótese que el primer caso en realidad no se trata de una transferencia de derechos de propiedad intelectual, sino de propiedad material, con una autorización de uso de aplicativos instalados en el medio físico, así como la venta del lienzo en el que Leonardo plasmó su Mona Lisa no implica la cesión de sus derechos morales sobre la obra como tal.

si la estructura normativa asignara la propiedad a quien efectúa la búsqueda y rescate, simplemente porque en la relación costo-beneficio estaría incentivado a llevar la persecución. Pero esto tiene una doble implicación, y es que todos los demás individuos con la posibilidad de invertir 10 y que no encuentren un costo de oportunidad superior a 90, optarían por llevar a cabo dicha persecución, pese a que sólo uno de los cazadores de tesoros ganaría el mismo, lo que significa una potencial pérdida social si el número de cazadores es alto. Este problema en forma de ejemplo, es relevante para la propiedad intelectual, tal y como lo señalan Landes y Posner,⁶⁵ porque la propiedad intelectual se asemeja a “tesoros” que ansían ser “descubiertos”, como en el fenómeno denominado “carrera de patentes”, en el que el prospecto de acceder a un monopolio por el registro primario de la patente representa una escala de inversión tan alta en producción de conocimiento que para algunos economistas generan en promedio retornos a las tasas de mercados competitivas.⁶⁶

En tercera medida, la propiedad, y en concreto la propiedad intelectual, genera costos de protección, que representarían los gastos no sólo en los cuales incurre el Estado en la elaboración de normas y políticas en defensa de la propiedad, sino también los propietarios en asegurar su propiedad (como cercas, vallas y seguridad), así como los costos sociales de registro. Estos costos son particularmente altos en materia de propiedad intelectual, pues representan todo un sistema de registro de los productos intelectuales que desean protegerse, y en muchas ocasiones un análisis sobre la originalidad o la novedad inventiva de esos productos, adicionalmente a que los costos de persecución a las infracciones pueden ser más altos en la medida que por su carácter de bienes públicos (tomando en cuenta la no rivalidad inherente y la exclusividad artificiosa creada por la propia ley), el descubrimiento de los perpetradores se hace más complejo y en ocasiones no se logra.⁶⁷

65 El ejemplo de los cazadores de tesoros aparece en Landes y Posner, 2003: 18. Otro ejemplo interesante es el de la apropiación del gas en el caso *Hammonds vs. Central Kentucky Natural Gas Co.*, 255 Ky. 685, 75 S.W. 2d 204 (Tribunal de Apelación de Kentucky, 1934), abordado por Cooter y Ulen, 1998: 159 y ss. De igual forma, pueden encontrarse ejemplos de concesión de “tierras ociosas” y de explotación de aguas.

66 Al respecto puede verse Stigler, citado por Landes y Posner, 2003: 18.

67 Un caso muy interesante es el del *software* denominado “*peer to peer*” y casos como el de Napster, Gnutella y otros productos que permiten la transferencia de archivos (muchos de ellos protegidos por derechos de autor), de un computador a otro en internet, suscitando las demandas contra los productores del *software* de intercambio debido a la práctica

No obstante, la justificación económica (obviando la explicación que se ha dado desde la órbita de los derechos de la personalidad y desde otras metodologías que no son de interés en este trabajo) que se ha encontrado para mantener esta alta estructura de costos estriba en que de no generarse la escasez artificial de los bienes de la propiedad intelectual, que por su naturaleza previa a la legislación serían públicos, entonces podría generarse el fenómeno de la “sobrepoblación”, como, por ejemplo, cuando un centro comercial ofrece el servicio gratuito de parqueaderos y estos en determinadas fechas son saturados por tráfico entre compradores del centro comercial y simples usuarios del servicio de parqueo. Si el centro comercial invirtiese en gastos de seguridad y estableciese una política de cobro de dicho uso para las épocas de tráfico, significaría que únicamente lo utilizarían los usuarios que valoran el parqueo por encima del costo impuesto por el centro comercial, generando un menor costo social, que el representado en los casos de sobrepoblación del parqueadero en el que no se cobra por el servicio.

Sin embargo, esta forma de explicar la necesidad está incompleta, pues no tendría en cuenta los eventos en que no hay un alto tráfico en el centro comercial y muchas plazas quedarían desocupadas generando (si tomáramos al centro comercial como Estado), un costo social neto para quienes no pueden acceder al servicio por el precio. Problema que se resolvería con el diseño de tarifas diferenciales (*Peak load tariffs*), que sería extremadamente difícil de aplicar en el caso del *software*, o quizás inviable, bajo la óptica de derechos de autor según la cual no puede haber lugar a la valoración sobre la calidad de una obra, mereciendo esta una protección por su mero carácter de obra.

Por otro lado, existe la consideración de que sin la creación de esta escasez artificial, producida por los sistemas legales de protección, simplemente no existiría un incentivo a la creación en materia de propiedad intelectual o, cuando menos, se deterioraría la calidad de los productos en esta rama, pues los creadores no podrían recuperar los “costos hundidos” de sus investigaciones.⁶⁸ Pero esto

imposibilidad de perseguir a los infractores que en realidad están violentando los derechos de autor. Cfr. *Infra*, sobre riesgo moral entre fabricantes de *software*. Al respecto véase Ryan, 2002.

68 “Un costo hundido es aquel en el que ya se ha incurrido independientemente de si se realiza o no el proyecto, por lo que no es relevante para la toma de decisiones, por lo que se deben suprimir en el análisis y la valuación de un proyecto” (Villarreal, 2008). Por ejemplo, cuando después de múltiples estudios de suelos, gastos contractuales y asesorías con

abandona la idea de abordar el problema del costo social como un todo, pues desde la perspectiva económica del agregado del costo social y el estudio de la eficiencia sin consideraciones de la distribución, la estructuración de una muy costosa protección a los derechos de propiedad intelectual significaría una protección del fenómeno de la “sobrepoblación”, pero no es consecuente en materia de eficiencia en torno a la propiedad de los intangibles. Por ejemplo, si un granjero desarrolla una técnica de rotación de cultivos,⁶⁹ generándole mayor cantidad y calidad de sus cosechas y no incurre en costos para que otros granjeros no se copien la idea; eventualmente todos sus vecinos acabarán aplicando el procedimiento, lo que en el mediano o largo plazo le significa que habrá una oferta mayor y de mejor calidad de parte de sus competidores y por lo tanto los precios de sus productos bajarán, causándole una desmejora a los productores. Sin embargo, este es un efecto meramente distributivo, pues de cualquier forma, los costos causados por la dispersión de la idea a los demás granjeros, son compensados por las ganancias de los consumidores en calidad y en precio de los productos.

2.1.3 Relaciones costo-beneficio

De acuerdo con Landes y Posner, dada la existencia de unos costos más altos de protección de la propiedad intelectual (por comparación a la propiedad normal), son de esperarse tres situaciones:

- a. Que la ley debe guiarse por una preocupación en la eficiencia económica orientada a reducir los costos de los derechos de propiedad intelectual.
- b. Que las exigencias para imponer limitaciones a los derechos de propiedad intelectual vayan más allá de las normales para otro tipo de propiedad, como por ejemplo la imposición en materia de patentes de la no patentabilidad de mejoras técnicas o invenciones que constituyen una obvia extensión o aplicación de tecnología existente.⁷⁰

abogados, ingenieros y especialistas sobre un terreno, se encuentra que la relación costo-beneficio futura del proyecto significaría pérdidas para el constructor, este toma la decisión de no adelantar la obra.

69 Este ejemplo, así como el de la sobrepoblación de parqueaderos, también fue tomado de Landes y Posner, 2003: 19-20.

70 En el actual marco jurídico, genera serias dudas la patentabilidad de modelos de utilidad, por ejemplo. Cfr. Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones (CAN).

- c. Revisar la justificación o no como un todo y desde un punto de vista social a los derechos de propiedad intelectual.

La última posición es el paso más agresivo propuesto por Landes y Posner, correspondiendo a varios cuestionamientos cuando menos de consideración sobre la materia, como los siguientes:

- a. Se están creando monopolios por la vía de la protección a la propiedad intelectual, lo que significa la desviación de recursos de sectores productivos de la economía al generar un artificioso costo de oportunidad más alto de desistir a la búsqueda de generación de propiedad intelectual.
- b. Históricamente, se ha producido propiedad intelectual sin la necesidad de acudir a formas de exclusión de dicha propiedad, algunas producidas sin buscar rentabilidad económica (lo que no significa que deje de ser valorable económicamente como utilidad para su productor y para la sociedad).
- c. Un modelo normativo que genera el incentivo excesivo a través de la exclusión artificial, puede dar lugar a unos mayores costos sociales, como en el caso de los cazadores frustrados de tesoros; en sumatoria, quienes ante una expectativa de ganancia alta pueden generar una menor ganancia social neta.⁷¹

Adicionalmente y por fuera de la posición de Landes y Posner, cabría señalar que otra consecuencia de esta correlación entre beneficio y costo debe ser la reducción de los plazos de protección para las diferentes formas de bienes inmateriales intelectuales, pues con el aumento de la capacidad de difusión de la información y la reducción del costo marginal de copia o reproducción de la misma a prácticamente cero, la extensión del monopolio debería reducirse en lugar de aumentarse (como ha ocurrido históricamente).

Naturalmente, algunas críticas surgen a las anteriores posiciones, también desde la perspectiva histórica y de análisis económico, como que, por ejemplo, no fue

71 Sin que necesariamente sea correcto el valor otorgado por Richard Stallman (2002), su afirmación de que la prohibición a distribuir copias de programas destruye diez pesos de riqueza social para producir un peso de fortuna individual sería una forma de escenificar este problema.

necesaria una legislación en materia de derechos de autor en otros estadios de la historia de la humanidad, porque simplemente el costo marginal de llevar a cabo copias era supremamente alto y estaba sujeto a errores que podrían degradar el valor de la obra (piénsese por ejemplo en el caso de los copistas medievales).

El advenimiento de la imprenta, que redujo significativamente el costo marginal de la realización de las copias, conllevó también a la posterior aparición de las primeras formas de derecho de autor, por ejemplo, aunando a los costos ya reducidos de la realización de la copia, la remuneración de derechos a quien fue artífice de la misma. Pese a lo anterior, la impugnación no es satisfactoria porque en la época antigua tampoco se reconocían, ni existían medios de protección al autor que había sufrido copia de su texto, por los métodos de alto costo, lo que no hace comprensible tal regulación de protección, sino con base, quizás, al advenimiento de la industria editorial, que a cambio del uso de la imprenta de forma industrial, obtenía un margen de ganancia de las copias realizadas, que primeramente se justificaba en las altas inversiones que tuvieron que realizar los impresores de la época y que posteriormente debieron compartir de alguna manera con el creador de la obra,⁷² quien se convirtió en su proveedor.

La anterior línea de pensamiento debe ser tomada en cuenta por el potencial peligro que, en otras ramas diferentes al *software*, han presentado los derechos de la propiedad inmaterial y su más reciente evolución, como en el caso del Grupo de Tecnologías de Restricción de Uso (o Gurt por sus siglas en inglés —*Genetic Use Restriction Technologies*—), que ha llevado a un tenso debate moral sobre los riesgos de la utilización de alteraciones genéticas sobre semillas, para evitar que estas se reproduzcan y así generar de parte de los productores de las mismas, situaciones de coste marginal artificial a los compradores de semillas con miras a crear un mercado atado.⁷³ Esto ha llevado a la creación de un producto intermedio,

72 Una interesante referencia a una ley de 1710 de la Reina Ana de Inglaterra nos trae a colación el primer caso de regulación de derecho de copia (*copyright*) (Fundación Vía Libre-Fundación Henrich Böll, 2007: 27). Otros autores (Rengifo, 1997:56 y ss.), sostienen que dicho estatuto tuvo origen en 1709 y buscaba la protección de los autores por contraposición a los derechos de copia que se otorgaba directamente a los editores desde el siglo XV, por lo cual, según Rengifo, representó la destrucción del estatuto de copia (*copy-right*), no su establecimiento, buscando limitar los derechos de las Stationer's Companies basados en el Royal Charter de 1557 (Rengifo, 1997: 56 y ss).

73 Sobre este aspecto, se erige el debate de las llamadas "Semillas Terminator", Cfr. Fundación Vía Libre-Fundación Henrich Böll, 2007: 27..

o moderado, como las llamadas semillas T-Gurt, que únicamente restringen la transmisión vía herencia de las condiciones (“mejoras”) obtenidas mediante manipulación de la compañía productora de las mismas.

2.1.4 ¿Cuál es la apuesta de la normativa existente?

Con respecto hacia la inclinación de la balanza en la tensión establecida, la apuesta es difícil de identificar, pues subyace de forma permanente en los diferentes apartes normativos la búsqueda de protección a uno u otro aspecto de los que hemos referenciados como objetivo de las instituciones jurídicas.

Un elemento que tal vez pueda corresponder a principios (en la medida que corresponde a una orden de maximización u optimización), que puede encontrarse en el Adpic (cfr. Art. 7), lleva a pensar en la posibilidad de interpretar las normas protectoras, limitándolas por motivos de conveniencia al acceso de la información, generando presión en la balanza entre el incentivo y los derechos de la sociedad al acceso, a favor del acceso:

La protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual deberán contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología, en beneficio recíproco de los productores y de los usuarios de conocimientos tecnológicos y de modo que favorezcan el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones.

Algo similar se plantea en el art. 8 del Adpic, de acuerdo con el cual

Los Miembros, al formular o modificar sus leyes y reglamentos, podrán adoptar las medidas necesarias para proteger la salud pública y la nutrición de la población, o para promover el interés público en sectores de importancia vital para su desarrollo socioeconómico y tecnológico, siempre que esas medidas sean compatibles con lo dispuesto en el presente Acuerdo.

2, Podrá ser necesario aplicar medidas apropiadas, siempre que sean compatibles con lo dispuesto en el presente Acuerdo, para prevenir el abuso de los derechos de propiedad intelectual por sus titulares o el recurso a prácticas que limiten de manera injustificable el comercio o redunden en detrimento de la transferencia internacional de tecnología.⁷⁴

74 Cfr. Arts. 7 y 8, Anexo 1C del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (Adpic), de la Ompi.

Pese a lo anterior, la balanza en materia de intereses en la formulación de políticas normativas se inclina claramente hacia el otro lado, en la medida que el lobby y los mecanismos de presión para la tutela de los incentivos e intereses económicos es notoriamente más concentrada y fuerte; así, recurriendo a las normas que buscan proteger los derechos de los autores, se implementan fuertes dispositivos institucionales que derivan también en la protección de los cesionarios de los derechos patrimoniales.

Por otro lado, no son débiles las tendencias doctrinarias que ubican en la tensión una mayor fuerza de protección a “la conexión moral entre el autor y su obra”, obviando la implícita cercanía que esta regla de optimización tendría con el privilegio de la exclusión sobre la socialización en materia de información y conocimiento.

Un ejemplo, contrario respecto al mayor peso en la balanza del privilegio del acceso al conocimiento y a la cultura y que escenifica cómo se ha privilegiado en la práctica en la tensión entre el derecho al acceso a la información y el incentivo económico para la creación de la obra al último, se encuentra en que en nuestra legislación penal son más rigurosas las sanciones en contra de quien vulnera derechos patrimoniales de la obra o medidas tecnológicas para la protección de estos derechos patrimoniales, que contra quien vulnera los derechos morales de la misma (Cfr. arts. 270 a 272 del CP.).

La dificultad de esta bipolaridad en la apuesta normativa nacional, de un modo u otro también afecta la forma en que se estructuran los contenidos contractuales, que mayoritariamente se erigen, cuando menos en la muestra recolectada en relaciones asimétricas o en relaciones de tipo masa, en donde la preponderancia de una de las partes, normalmente el fabricante (aunque existen casos excepcionales, como los eventos de contratación pública), impone el orden contractual y el interés de prevalencia de la estructura de incentivos económicos así como su protección a ultranza⁷⁵. Esto, por supuesto, se verá reflejado en las directrices contractuales

75 Como ejemplos de contratación asimétrica en la que la preponderancia correspondía principalmente a la industria productora del software, podría verificarse el contenido de las siguientes Fichas y contratos en conexión a las mismas: F 40, F 53, F 56, F 57, F 58, F 59, F 60, F 61, F 63, F 64, F 65, F 68, F 70, F 72, F 74, F 75, F 80, F 81, F 82, F 84, F 85, F 88, F 89, F 90, F 92, F 93, F 94, F 95, F 96, F 97, F 98, F 99, F 100, F 104, F 115, F 122, F 123, F 124, F 125, F 126, F 127, F 134,

usualmente estipuladas, independiente de la apuesta del sistema legal nacional en la materia.

Desde una óptica netamente del contenido, es claro que la legislación misma lo plantea como una tensión sin un valor predominante; esto remontándose incluso a los antecedentes más lejanos de las normas de aplicación inmediata en materia de derechos de autor. Así, por ejemplo, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el art. 27 establece dos principios: que “toda persona tiene el derecho de participar libremente en la vida cultural de la comunidad, de disfrutar de las artes y de compartir el avance científico y sus beneficios”, y a su vez que “toda persona tiene derecho a la protección de sus intereses morales y materiales que resulten de cualquier producción científica, literaria o artística de la cual ella sea su autora”. De igual forma, la Constitución Política de Colombia establece que “El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley” (art. 61), pese a que se predica también que “La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social; con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica y a los demás bienes y valores de la cultura” (Art. 67), y que “el Estado tiene el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades...” (art. 70).

Pese a lo anterior, nuevamente las prácticas legislativas son reveladoras de una tendencia a la protección de los intereses patrimoniales sobre los culturales. Por ejemplo, aun existiendo regímenes de limitaciones y excepciones a los derechos de los autores en pos del fortalecimiento del interés público por el acceso a la cultura, se han establecido conductas punibles que objetivamente representan impedimento al ejercicio de tales derechos, como la penalización de cualquier conducta de superación o elusión de medidas tecnológicas sobre obras protegidas

F 135. Como ejemplo de esta misma situación en el caso de los contratos masa, podrían verificarse las siguientes fichas y los enlaces a sus correspondientes contratos: F 29, F 30, F 32, F 33, F 34, F 35, F 36, F 37, F 38, F 43, F 47, F 50, F 51, F 69, F 76, F 77, F 78, F 79, F 87, F 101, F 101, F 102, F 105, F 106, F 107, F 114, F 116, F 121, F 128, F 129, F 130, F 132, F 133, F 136. El editor de este texto sugirió durante el proceso suprimir las referencias a las fuentes directas, pese a lo anterior, se introdujeron las mismas en carpeta pública de la nube digital dropbox correspondiente al siguiente enlace: <https://www.dropbox.com/s/z0ovfgc73122o49/Fichaje%20terminado.zip> se sugiere una vez descomprimida la carpeta en el enlace, leer primero el archivo de texto de previa lectura. Las actualizaciones de esta base de datos pueden ser consultadas en la cuenta de twitter del autor: @arenascorrea.

por derechos de autor implementadas para evitar usos no autorizados (art. 271 num. 1 del CP), tipo penal cuya elaboración significa que si bien existen limitaciones y situaciones de excepción a los derechos de los autores, la mera elusión de medidas tecnológicas sobre obras en las cuales se implementaron para evitar usos no autorizados es un hecho punible, lo equivalente a establecer que son viables ciertos usos como la copia para fines privados o de *backup*, pero que la evasión de medidas anticopia para realizar dicho uso legítimo es un delito en sí.

2.2 ASPECTOS METODOLÓGICOS Y LA RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN

Para la recolección de la información de este trabajo se planteó inicialmente la remisión de comunicados vía correo electrónico, fax y correo físico a sesenta (60) compañías representativas del sector informático en Colombia. Pese a lo anterior, se obtuvieron muy pocas respuestas, por lo cual se recurrió a fuentes diversas, como la obtención por medio de las redes mundiales de información, así como la remisión de cartas de solicitud de dichos esquemas contractuales a compañías que se estimaron como potenciales demandantes de servicios de *software* bajo alguna de las categorías posibles. Esto trajo como resultado un número importante de contratos, pero sobre todo de aquellos cuya naturaleza no es la transferencia de derechos de propiedad, sino la prestación de servicios de alguna naturaleza o el licenciamiento como “transferencia de derechos de uso”.

Este uso alternativo de fuentes de documentación para obtener una masa crítica relevante de estudio, significó, en primera medida, abandonar la intención de estudiar contratos estrictamente restringidos al contexto jurídico colombiano, y aceptar como objetos relevantes de estudio los contratos internacionales relacionados con el *software*, en los que por ejemplo una casa productora extranjera suministraba la información, en muchas ocasiones a través de la suscripción de un contrato propiamente dicho en redes y que produciría efectos en el ámbito territorial colombiano. Esto, si bien significó aumentar la información relevante para el estudio, también conllevó a la situación contraria: el exceso de información (especialmente, la obtenida a través de redes informáticas), razón por la cual, con fundamento en una tabla de valoración de criterios, se llevó a

cabo una actividad de depuración de las categorías de contratos internacionales de *software* (todos con efectos en Colombia, por tratarse de relaciones empresa proveedora-usuario o consumidor). De esta forma, especialmente de los contratos relacionados con licenciamiento, arriendo, autorización de uso, de instalación o términos, condiciones y políticas uniformes, se hizo la selección buscando evitar la repetición, no en categorías o tipos contractuales (como por ejemplo el licenciamiento), sino en posiciones contractuales y soporte lógico objeto (como el mismo licenciamiento de Windows, obtenido en varias veces), ejercicio que no se hizo con contratos como los nacionales, que fueron utilizados en la medida que se obtuvieron de las compañías productoras.

Una vez concretados los contratos o documentos recibidos por contratos relevantes para el estudio, se procedió a la elaboración de un fichaje de los mismos, extractando información relevante sobre el origen, titulación que se le dio al documento, tipo (estatal o privado), cláusulas relevantes (resumidas), observaciones, procedencia (contrato nacional o internacional), equilibrio contractual (de construcción concertada, masa o de adhesión), documento recibido (contrato, pagaré, políticas uniformes), terminología novedosa encontrada en tales documentos y otras observaciones.

Con base en la información recolectada en las fichas, se elaboró una matriz que denominamos universal, en la que se depositaron variables encontradas en ceros y unos (cero para la situación de ausencia de la variable y uno para la presencia de la misma); con fundamento en la información arrojada por esta matriz se produjeron estadísticas sobre los elementos de información recolectados⁷⁶.

La recolección de la información y la metodología de análisis se concentró principalmente en la obtención de un número relevante de contratos, que en virtud de varias de las pocas respuestas a las cartas nacionales, terminaron reflejándose en documentos indicativos de alguna relación contractual —por lo que en lo sucesivo se hará relación simplemente a “documentos”—, con información relevante sobre

76 Dicha matriz hace parte del fichaje de las fuentes de primer nivel que se integraron en el enlace de dropbox suministrado. (<https://www.dropbox.com/s/z0ovfgc73122o49/Fichaje%20terminado.zip>).

la existencia de lazos contractuales en torno a inmateriales informáticos; por lo tanto se relativizará el valor cuantitativo de la información que se presente, como advertencia al lector de este trabajo, quien deberá privilegiar lo cualitativo de la información.

Un aspecto muy interesante descubierto en la información obtenida es cómo grandes contrataciones, que sospechamos importantes para la construcción de un discurso jurídico de autorregulación, escaparon en el ejercicio de recolección de información debido a la dificultad inmensa que representan los secretos comerciales frente a este tipo de información y la poca respuesta de las compañías productoras en el ámbito nacional. En efecto, los contratos informáticos entre casas productoras o las negociaciones entre productores “pares” en materia tecnológica fueron escasas (me refiero, por ejemplo, a contratos entre productores de *hardware* y de *software*, o productores de *software* que se encargan de módulos similares), reduciéndose a unos muy pocos casos relacionados con la incubación de proyectos tecnológicos y con la prestación de servicios para la producción de códigos fuente en una productora nacional. Teniendo esto en cuenta, el presente trabajo encuentra elementos más poderosos para informar sobre la autorregulación entre agentes con asimetría de poder e información —como son la casa productora y los consumidores—, que en los casos de “pares”, exceptuando algunos eventos de contratación en cantidades significativas, que retorna algo de poder a los contratantes de los servicios tecnológicos, o el caso del *software* por encargo (contrato de diseño), observado principalmente en contratos con el sector público, donde la relación de desequilibrio, en virtud de las normas contractuales administrativas, quedó invertida. Otro ejemplo de variables esperadas que al final no aparecieron en la información reunida fueron los contratos de parametrización y de instalación, quizás porque en su contenido prestacional estaban incluidos en otras modalidades más amplias y completas de contratos (como cláusulas y no como finalidad única de la relación).

Todo análisis de la información reunida no deja de implicar cierto vicio de la percepción bajo el crisol de quien analiza; pese a esto, en el anterior procedimiento sobre fuentes primarias es viable visualizar cuando menos algunos elementos útiles para un debate sobre las formas de entenderlas en este trabajo.

2.2.1 Información utilizada

El proyecto de ley, que no acabo siendo promulgado, para la regulación de políticas en materia de *software* libre, presentado durante el año 2002, en su art. 1.º define programa o *software* como “*Instrucciones, reglas, procedimientos y documentos almacenados electrónicamente de manera tal que un dispositivo de procesamiento pueda utilizarlas para llevar a cabo una tarea específica o resolver un problema determinado*”.⁷⁷ Por otro lado, los arts. 3.º del Decreto 1360 de 1989, por medio del cual se reglamenta la inscripción del *software* en el Registro Nacional del Derecho de Autor, el 23 de la Decisión Andina 351 de 1993, y el Decreto 460 de 1995, definen el programa de computador con mayor acercamiento al concepto técnico.

Dichas instrucciones, reglas y procedimientos, como elemento sobre el cual de una u otra forma u otra recaen en las prestaciones de un contrato, bien sea para su diseño, licenciamiento, transferencia, “mantenimiento” (mejoras) u otro tipo de conductas, fueron los elementos determinantes para seleccionar entre los contratos reunidos los ciento treinta y seis (136) documentos analizados, todos de algún modo con influencia en nuestro contexto jurídico, bien sea por sus efectos netamente nacionales o debido cuando menos a la introducción del factor mixto que diera lugar a someter el contrato al estudio de normas de conflicto o cláusulas de sumisión, que los hicieren de una u otra manera relevantes para el derecho nacional.

Durante la ejecución del presente proyecto de investigación se recopilaron muestras por un total de ciento cuarenta y un (141) documentos, de los cuales cinco (5) fueron descartados por su impertinencia; de los demás, ochenta y ocho (88) correspondieron a ejemplares de contratos, veinticuatro (24) a ofertas mercantiles, once (11) a documentos de procesos públicos de contratación, y trece (13) a

77 Cfr. Proyecto de Ley Cámara Nro. 83 De 2002, presentado por los senadores Gustavo Petro y otros. Otra definición, actualmente vigente en nuestra legislación, se encuentra en la Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones, de acuerdo con la cual: “Programa de ordenador (*Software*): Expresión de un conjunto de instrucciones mediante palabras, códigos, planes o en cualquier otra forma que, al ser incorporadas en un dispositivo de lectura automatizada, es capaz de hacer que un ordenador —un aparato electrónico o similar capaz de elaborar informaciones—, ejecute determinada tarea u obtenga determinado resultado. El programa de ordenador comprende también la documentación técnica y los manuales de uso”.

documentos diversos con evidencia contractual como los que contiene términos y condiciones generales, cotizaciones, políticas generales y otros documentos de soportes de relaciones contractuales, en donde de alguna manera se encontraba involucrado el *software* en calidad de objeto.⁷⁸ Si bien a quienes fue solicitada la información se les advirtió que facilitarían en lo posible contratos con diferentes objetos prestacionales y diferentes estructuras, se observó la preponderancia de ciertos tipos de contratos, de los cuales podría decirse que a pesar de no tener tipicidad legal, tienen tipicidad social.⁷⁹ Los contratos aparecieron así de manera concurrente, y se disminuyó el foco de expectativas relacionadas con la cantidad de tipologías que se esperaba hallar durante la realización del proyecto.

Pese a lo anterior y a la relativa escasez de tipologías sociales concurrentes esperadas, se pudo cumplir con los indicadores planteados en el derrotero de la investigación, dado un significativo número de empresas abordadas y los contratos obtenidos por medio de redes, sin contar con una representativa fuente derivada del Portal Único de Contratación.⁸⁰ A través de su análisis y fichaje se descubrieron variadas formas concurrentes o “comunes” de contratación cuyo objeto es el *software*.⁸¹ Así, por ejemplo, dentro de las formas concurrentes descubiertas se encontraron contratos que desde su diseño prestacional se acercaban a “naturalezas” contractuales de uso, arrendamiento, compraventa o prestación de servicios,⁸² dentro de las cuales pudo visualizarse una amplia gama de variaciones

78 Cabe advertir también que la dificultad que se esperó en un principio en cuanto al tema de la recolección y por la cual se limitó inicialmente el ámbito espacial del estudio a Antioquia, fue fácilmente sorteada gracias a los medios electrónicos, lográndose obtener archivos de contratos de *software* de varias latitudes nacionales e internacionales con factores mixtos que involucraban el territorio nacional. Vale también la pena advertir que fueron excluidos en la depuración una cantidad de 167 contratos sobre los cuales no se encontró conexión mediata ni inmediata con los productos de soporte lógico.

79 Cfr. Aterini y López Cabana, 2001.

80 No sobra advertir que pese al acervo cuantioso de material de trabajo en tal portal, dos factores principales le restaron mérito para el propósito del presente trabajo: la proclividad del Estado a celebrar contratos mecanizados a través de minutos que no tienen referencias muy sustanciales sobre el objeto prestacional y las condiciones inequitativas que surgen del Derecho Administrativo para estos convenios.

81 Es preciso reseñar que no existen tipologías explícitas e excepción del caso del contrato de licenciamiento, por lo que este recurso a la tipología común obedeció principalmente a un ejercicio de abstracción realizado durante el fichaje de los contratos recolectados (ver carpeta compartida en Dropbox con el material correspondiente al mencionado fichaje: https://www.dropbox.com/sh/gw77vfl15gizapo/_GakeDEEwE). Las actualizaciones de dicho enlace pueden ser obtenidas a través del Twitter del escritor: @arenascorrea.

82 Un evento paradójico del mercado de *software* descubierto por medio del presente trabajo es cómo las tipologías contractuales que en condiciones normales serían esperadas, como la configuración del contrato de edición en materia

al ejercicio tradicional de estas tipologías contractuales, como la introducción de cláusulas deudoras de la característica rival de los bienes en transacción, cuando se les trató como compraventa; cláusulas que abordan el problema del legado de la *existencia* de un residuo del servicio prestado, como es en el caso de las contrataciones laborales y de prestación de servicios para el diseño de *software*; cláusulas para la limitación de responsabilidades, en el caso del licenciamiento de uso; y cláusulas para la prohibición de divulgaciones derivadas, comunes en casi todos los casos.

Por otro lado, las fuentes que suministraron los documentos y ejemplares contractuales fueron primordialmente nacionales (119), y en una menor proporción extranjeras (17).⁸³

La información allegada también se caracteriza por la preponderancia de los contratos de tipo privado, correspondientes a un 70,59% de la muestra, mientras la parte restante corresponde a contratación pública.

Como se recalcó antes, los documentos utilizados no sólo fueron los contratos propiamente dichos, sino también todos aquellos que de una u otra manera se relacionaban o contenían elementos explicativos de una relación contractual en la que se estaba negociando sobre los inmateriales de interés.

2.2.2 Variables y cambios durante el proceso de investigación

Ahora bien, del proceso de investigación emanaron asuntos cuantificables y concurrentes no esperados; asimismo, muchos resultados esperados no se presentaron. A manera de ejemplo, se esperaba un mayor número de contratos de arrendamiento de *software*, que llevó a que en la estructuración de las variables se creara la correspondiente, pero los resultados de la investigación arrojaron pocos

informática, de acuerdo a lo estipulado en los arts. 8, 105 y ss. de la Ley 21 de 1982 no se presentan concurrentemente (ningún contrato de esta naturaleza fue aportado), lo que es evidencia e implica un mayor ejercicio de análisis desde los descubrimientos en torno a la falta de un consenso entre el legislador y el operador jurídico sobre las condiciones de configuración y elementos que contiene un contrato de *software*.

83 Cfr. Matriz universal de fichaje, archivo de extensión xls. en carpeta compartida en Dropbox. Enlace: https://www.dropbox.com/sh/gw77vf115gizapo/_GakeDEEwE. Cualquier actualización del mismo se llevará a cabo a través de la cuenta de Twitter: @arenascorrea.

contratos de tal categoría. De igual forma, no se presentaron contratos como el de edición de *software*, pese a su posible existencia en la práctica. Adicionalmente, se buscaron aspectos de análisis relacionados con la presencia de cláusulas exorbitantes en el caso especial de la contratación de *software* cuando interviene o ha intervenido como parte el Estado, de determinado tipo de cláusulas concurrentes que se observaron en los contratos, y de relaciones de agencia. Pese a lo anterior, y a pesar de que se seleccionaron algunos contratos públicos, se restringió la utilización de todos los disponibles debido a que la dificultad de recolección entre los derivados de compañías privadas, frente a la publicidad casi obligada de las contrataciones públicas, no hace fiable estadísticamente suministrar conclusiones, o cuando menos las hace dudosas y no es posible establecer entre los resultados de esta investigación conclusiones válidas sobre la preponderancia o no de la contratación de *software* en el comparativo entre relaciones de Derecho Público o Derecho Privado, por ejemplo.

Una vez seleccionadas las variables construidas con base en la información intuitivamente disponible al inicio del proyecto y durante la recolección de la investigación, se construyó una matriz universal con datos relacionados con dichas variables de investigación de información extractada del fichaje, que se depositó en una base de datos de la *suite* de oficina Excel, con hipervínculos a cada uno de los contratos recolectados.

Una vez construida la base de datos y la matriz universal, se llevaron a cabo varios ejercicios de depuración buscando eliminar fichas repetidas o información inútil. De igual forma, se construyeron nuevas variables en la medida que se consideraba que observaciones realizadas sobre los contratos lo ameritaban, y se procedió a afectar la matriz universal de la información acopiada con base en tales variables.

Finalmente, en la medida que las lecturas y las investigaciones auxiliares y paralelas avanzaban se fue haciendo el análisis de la información y el cruce de diferentes variables, según las necesidades descriptivas de la investigación. Se advierte que el trabajo con fuentes de primer nivel representa un paso con una muestra, que a veces arroja información que permite diversas interpretaciones, y que en muchas ocasiones sería válido cruzar variables y en muchas otras no, dada

la formación de la muestra. En vista de lo anterior, se abordará la problemática a partir de los contenidos en concreto, haciendo concesión en torno a que la anterior fenomenología es susceptible de investigaciones al margen de la que se propuso plantear, y advirtiendo que con la información recolectada y con un mayor trabajo en el futuro, se pretenderá continuar posteriores investigaciones relacionadas con el tema.

2.3 CONTRATOS QUE TIENEN POR OBJETO EL SOFTWARE

A continuación, con base en lo investigado y en la información reunida, se abordará inicialmente un marco descriptivo de lo descubierto en la muestra objetivo sobre el Derecho Económico Privado, y en ocasiones se incluirán indiscriminadamente las menciones de los contratos públicos, advirtiendo que el interés de esta investigación radica en la contratación que se realiza sobre *software*, y no se advirtió inicialmente la posibilidad del advenimiento de variables inesperadas como ciertas diferencias en contratos susceptibles de ser encuadrados en una u otra rama del derecho, que se irán advirtiendo en el trabajo con las salvedades que derivan de la necesidad de continuar en esta senda de investigaciones.

El subsiguiente marco descriptivo presentará dos categorías que se establecieron en el análisis y tabulación de información: contratos de prestación de servicios y contratos de transferencia de derechos; se aclara que la formulación de tales categorías no correspondió a un esencialismo sobre la naturaleza de los contratos, como ha sido entendido por la dogmática, sino a la manera en que las partes (o la parte redactora en el caso de los contratos masa) entendieron sus asuntos contractuales y la naturaleza de la prestación que querían llevar a cabo. Esto, porque el interés de este trabajo es la autorregulación ante un sistema institucional jurídico establecido y su examen a la luz del AED, y no el encajamiento en estructuras conceptuales tradicionales de derecho. De tal manera que, en muchos casos, fenómenos como los licenciamientos, que en términos de entendimiento dogmático contractual podrían ser comprendidos como contratos de prestación de servicios, fueron encajados en la tabulación de la información como tales y

también como contratos de transferencia de derechos, según la comprensión del fenómeno que demostraran las partes —o la parte— en su documento soporte de la relación contractual.

2.3.1 Contratos de prestación de servicios

Corresponde a casos en los que, conforme a la estructuración de los lazos contractuales, las partes relacionan o entienden su objeto prestacional principal con la prestación de servicios, en los que el núcleo del servicio prestado recae en un producto informático; de esta manera, se presentan negociaciones dirigidas a cuestiones como el diseño, el mantenimiento, la parametrización, la instalación, la readecuación (actualización) y, claro, el licenciamiento de uso.

A esta categoría correspondió la mayoría de los contratos acopiados, en un total de 120, para el 88,89%. Esta gran mayoría de contratos con el sentido de prestación de servicios guarda conexión con la creencia implícita de una naturaleza diferente en los bienes inmateriales informáticos.

Cada uno de los verbos desplegados anteriormente implicaría por sí mismo tipologías diversas, que pasan a reseñarse de manera breve.

a. Contratos de licenciamiento

Este tipo de contratos se caracterizan por la existencia de un objeto principal radicado en la prestación de servicios que debe proporcionar un contratante, sea fabricante o distribuidor de *software*, para que los potenciales usuarios puedan hacer uso de los aplicativos sobre los cuales poseen derechos de autor o de los cuales tienen la disposición de los derechos patrimoniales. Dicha categoría contractual es notoriamente la más celebrada cuando se tiene por objeto el *software*, a tal punto que de la muestra total recolectada para la investigación, el 47,06% correspondió a esta categoría contractual.⁸⁴

84 Se debe tener en cuenta que si se aborda también la contratación de licenciamiento como “venta” de derechos de uso, el global de contratos de licenciamientos relacionados con la investigación aumentaría a un poco más de la mitad de la contratación recopilada (50,74%), esto contrastable en fichaje y matriz universal de fichaje ubicada en carpeta compartida en Dropbox.

Tales prestaciones radican no solo en la autorización o el dejar hacer con un bien inmaterial, sino también, en la mayoría de los casos, en el suministro del soporte físico en el que está depositada la obra.

Dicho uso restringido ha sufrido impactos desde el marco de la teoría de las obligaciones, pues se extiende como prohibición a la explotación indiscriminada de una asignación de recursos frente a la cual se ha creado un aparato jurídico de incentivos relacionados con la autoría de obras, las patentes y otros derechos sujetos a la denominación de *bienes intangibles*. Luego, su caso, representa el de principal fuga del marco convencional de la normativa que regula la distribución de la propiedad a aquella que regula ciertos espectros de explotación exclusiva como prebenda jurídica a favor de una eficiente generación de recursos en la sociedad, estimulando el desarrollo de estos sistemas lógicos que no tendrían lugar en marcos jurídicos no protectores del trabajo invertido en la elaboración de los mismos. Por lo que, en nuestro contexto jurídico, se perciben claramente las rutas de influencia en la elaboración de los documentos en los que se depositan pactos contractuales, recurriendo a figuras dentro del marco de regulación en materia de Derechos de Autor, como la Ley 23 de 1982. Pese a lo anterior, también persisten visiones en las que no escapa una perspectiva de supuesta propiedad sobre los bienes bajo licenciamiento, generándose entonces pactos contractuales de naturaleza diversa, que en ciertas instancias identifican el contenido de la negociación como la transferencia de un bien, y en las otras como la prestación de un servicio de concesión de uso (caso en el que se categorizó de otra manera dicha información).

En este tipo de contratos, son concurrentes las cláusulas de restricción de usos determinados, como los públicos, los llevados a cabo en redes, los de cualquier fin de explotación económica, los orientados a inferir daño a personas o cosas, los discursos de odio,⁸⁵ los de abducción e ingeniería inversa y los concedidos a terceros, buscando de esta manera generar restricciones jurídicas a formas de explotación o de uso que se harían a un costo marginal nulo.

85 Un caso interesante al respecto puede verse en “Condiciones de uso del contenido” num. 1, del contrato “Condiciones de uso del aplicativo para la constitución virtual de sociedades por acciones simplificadas”, de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia. Documento verificable en carpeta compartida en Dropbox.

Se observan varios tipos de licenciamiento, siendo más representativas dos clasificaciones posibles: la que deriva de la onerosidad de los mismos y la que lo hace del carácter abierto o no de los códigos fuentes, siendo posible que se presenten cruces entre estas categorías, como licencias de fuente abierta pero onerosas, así como licencias no onerosas pero en *software* privativo.

Los contratos acopiados bajo esta categoría son primordialmente nacionales (el 81.25%).⁸⁶.

De igual forma, en los mismos se encontró que en situaciones de juegos de agencia, relacionados con el primer paso de la contratación —en términos de Salanié—, la situación de principal en contratos de licenciamiento correspondió a las compañías fabricantes de *software* en un 84,37% de los casos.⁸⁷

b. Contratos de diseño

La actividad principal correspondiente a los contratos de diseño es el diseño de sistemas de información tipo *software*, con el propósito de satisfacer las necesidades de quienes elaboran encargos para la producción de estos. Contratos de esta naturaleza fueron hallados en el 10,29% de los elementos utilizados en la matriz definitiva de información.

Este tipo de contratos pueden presentarse también encubiertos en contrataciones laborales, civiles o comerciales en las que se remunera la prestación de servicios por parte de ingenieros desarrolladores para la estructuración de diagramas de flujo y la concepción de un sistema informático que llevará a la posterior elaboración u obtención de un código fuente (o en los casos de mayor complejidad, de un lenguaje máquina), que provea aplicativos útiles para la realización de las tareas que requiera quien elabora el encargo.

En las contrataciones acopiadas relacionadas con suministros de servicios o vínculos laborales para la producción de *software* no se encontró alusión directa

86 Cfr. Archivo “fichaje contratos DEF” – hoja de matriz transpuesta y auto-filtrada, contenido en carpeta compartida en Dropbox.

87 En total 54 de 64 contratos de licenciamiento como prestación de servicios.

al diseño de sistemas informáticos, sino más bien al desarrollo de líneas de código para *software* que estaba ya preconcebido, diseñado o con un grado de adelanto por las compañías contratantes.

c. Contratos de mantenimiento

El servicio sobre el que radica dicha categoría de contratos consiste en la adecuación de “fallas” en los productos lógicos o de “errores” en la ejecución de los mismos, que provocan la realización desviada de sus propósitos o la imposible ejecución de algunas tareas. La labor de mantenimiento del *software* implica entonces su continuo mejoramiento, derivado del reporte de las fallas del mismo que hace el usuario final.

Contratos de esta naturaleza fueron hallados en el 13,24% de los elementos utilizados en la matriz definitiva de información.

Los casos localizados se encuentran en las fichas con numeración F 4, F 6, F 15, F 17, F 21, F 24, F 25, F 26, F 28, F 30, F 32, F 33, F 48, F 49, F 84, F 85, F 109, F 110⁸⁸.

Para efectos de la sistematización de este reporte se diferenciará el servicio de actualización del de mantenimiento, diferencia que no es muy clara en el contexto fáctico de la negociación, tal como se pudo evidenciar con la contratación reunida.

Pese a lo anterior, con base en algunos casos donde la finalidad es claramente el desarrollo de fuentes prefabricadas, se optó por plantear la diferencia en la cual la actualización no necesariamente se relaciona con errores o “problemas de inestabilidad”, sino que conlleva otras razones que le dan fundamento, como la implementación de nuevas funcionalidades, una nueva interfaz, o cambio en el lenguaje de programación sobre el que se construye el código fuente, la aparición de nuevas “prestaciones” que otorgan mayor compatibilidad a los programas con formatos de archivos diferentes, o la necesidad del productor de generar una obsolescencia de sus productos para generar una mayor demanda.

88 Cfr. ARENAS CORREA, José David. Material auxiliar investigación *Estrategias de auto regulación en bienes intangibles: el caso del software*. Material en medios digitales, Fuentes primarias que acompañan el informe final de investigación. Contendida en Anexo A.

d. Contratos de desarrollo

Los servicios contenidos en estos son similares a los del encargo de diseño, con la diferencia que se implementan para *software* ya existente o para participar en la etapa de ejecución de una propuesta sobre un *software* en concreto.

En el caso de la investigación, se presentaron un total de siete casos relevantes, equivalentes al 5,15% de la muestra seleccionada.⁸⁹

Tales contratos pueden verse asociados a situaciones de contratación para la prestación de servicios o de contratación laboral. En efecto, tres de los casos recolectados correspondían a documentación contractual referente a relaciones de prestación de servicios de desarrolladores contratistas de una compañía fabricante,⁹⁰ en marcos contractuales que podrían también dar lugar a duda sobre la presencia o no de un contrato laboral realidad en los términos del art. 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

e. Contratos de parametrización

Los servicios relacionados en los mismos se refieren a la estructuración de las bases de datos que utilizarán los productos informáticos, a la adecuación de la información sobre la cual el sistema actuará, e incluso a la digitación de la información necesaria para que los algoritmos del programa puedan iniciar la ejecución de alguna función.

Lamentablemente de esta modalidad de contratación esperada no se obtuvo información a través de documentos o ejemplos contractuales de la misma.

f. Contratos de instalación

El servicio que proporciona el prestatario tiene que ver con la puesta en marcha y operación de un ejecutable en un equipo de usuario final, quedando el producto en condiciones de trabajo para su propósito específico.

89 Cfr. ARENAS CORREA, José David. *Ibidem*.

90 Fichas Nro. 123, 125 y 126 de lo recogido durante el Fichaje del Trabajo de Investigación. En: ARENAS CORREA, José David. *Material auxiliar investigación... Op. Cit. Anexo A*.

Al igual que en el caso del contrato de parametrización, este tipo de contrato no fue hallado en la muestra recolectada durante el proceso de investigación.

g. Contratos de readecuación (actualización o mantenimiento)

Su propósito prestacional principal consistiría en la reforma de códigos fuentes o códigos de máquina de *software* ya existente, para introducirle nuevas funciones, obtener capacidades, velocidades de respuesta o ampliar su base de datos o libro de definiciones, conforme a nueva información, atendiendo necesidades de mejora de los productos o de producción de obsolescencia para el advenimiento de futura demanda.

Se utiliza especialmente para la resolución de errores lógicos que van siendo detectados, y normalmente conlleva a una mayor estabilidad de los programas.

Se recolectaron una cantidad de diez contratos de este tipo, equivalentes al 7,35% de la totalidad de información contractual recaudada durante el proceso de investigación.

En esta tipología, en un 70% de las ocasiones el productor obró como principal en la relación, lo que es de gran relevancia en la estimación del primer paso contractual y que evidencia también que la gran mayoría de las contrataciones recaudadas en este sentido fueron de fabricantes contratando el servicio de dependientes para la implementación del mantenimiento, las actualizaciones o las mejoras.

Si se uniera este tipo de contratación a la de desarrollo tendría un volumen aun más representativo en la información acopiada.

2.3.2 Contratos de transferencia de derechos

Otra rama de categorías visibles en materia de contratación informática, que tuvo especial aparición en el trabajo de investigación, tiene que ver con las transferencias de derechos en el marco de productos informáticos. En esta dimensión de contratos la característica principal es la pretendida transferencia de derechos relacionados con la cosa inmaterial, como el derecho de uso, el de alteración, comercialización, e incluso el derecho “real de dominio”, como erróneamente lo manifestaron algunas

partes contractuales que confundieron la transferencia de los derechos sobre un soporte físico con la intención de licenciar.

Cada una de las modalidades de contratación mencionadas tiene su representación en algún tipo de contratos conforme a la siguiente esquematización:

a. Contratos de licenciamiento como concesión del derecho de uso

Cabe reseñar lo ya dicho sobre esta tipología de contratación, agregando que dada la manera como se presta el servicio de concesión de uso en dicho contrato, es, cuando menos, apreciable la presencia de una cesión de posibilidad de uso, que en muchos casos no es limitada por el tiempo, pues la gran mayoría de licenciamientos verificados arrojó como conclusión que el *software* puede seguir siendo utilizado en los mismos equipos durante tiempo indefinido independiente de que se pierdan los servicios de soporte o los derechos de actualización con respecto al mismo (lo que es de gran relevancia en el caso de los antivirus, pues su no actualización implicaría la inutilidad práctica del programa para brindar la protección, que es su propósito principal).

Este tipo de concesiones guardan mayor relevancia en el caso de los contrato de *software* libre, dado, que incluyen la habilitación para la intervención sobre los códigos fuentes, dando lugar a la posibilidad no solo de un uso indefinido, sino también a la formulación de soluciones de adaptación de los sistemas de información a nuevas necesidades o la actualización de los mismos en nuevos entornos operativos o de funcionalidad, que los convertirían en productos en algún punto sustancialmente diferentes.⁹¹

Durante el fichaje de la investigación se pudieron identificar cinco contratos en esta categoría,⁹² equivalentes al 3,68% de la muestra. Es igualmente preciso advertir que en algunos casos, la alusión al licenciamiento como transferencia

91 En este punto, surge una difícil separación entre los contratos de licenciamiento como concesión de derechos de uso y de concesión de derecho patrimoniales de autor, que se aclara desde la perspectiva en materia de *software* libre de la prohibición de explotación derivada de los códigos fuentes o de la imposición por vía contractual de la transferencia de las fuentes a otros sin llevar a cabo exigencias de naturaleza económica por las mismas.

92 Cfr. fichas Nros. 18, 27, 104, 134, 135.

de derechos deriva de la propia forma en que las partes que celebran el contrato entienden el mismo.

b. Contratos de concesión de derechos patrimoniales de autor

Se trata de contrataciones en las que la parte que posee la titularidad de los derechos patrimoniales de explotación sobre el producto informático, en virtud de un arreglo económico cede a la contraparte contractual la posibilidad de explotación de dicho material. Este tipo de concesiones y la aplicación de las normas que gobiernan los Derechos de Autor en Colombia, representa dudas, que generan diferentes soluciones en instancia de ingeniería contractual, pues el hecho de que persistan en mano de los autores originarios los derechos morales sobre las obras y que no exista la posibilidad de un “plagio” en esta materia por parte de los creadores, así como también la utilidad de los algoritmos ya desarrollados para la fabricación de nuevos sistemas de información, induce a la creación de estipulaciones que generan cargas para evitar el riesgo de competencia con el mismo sustrato del producto a los adquirientes de dichas concesiones patrimoniales, lo que permite, de ser posible estimar como pertinente la categoría de contratos de “cesión absoluta” de derechos morales y patrimoniales, la cual tiene serios inconvenientes dada la estructura normativa de los derechos de autor en Colombia, pero que efectivamente se ha encontrado en las diferentes figuras contractuales recolectadas y frente a la cual se hará análisis sobre las consecuencias y efectos en torno al marco normativo que gobierna la materia.

Durante la investigación fueron identificados cuatro contratos⁹³ dentro de esta categoría, correspondientes al 2,94% de la muestra.

Tres de dichos contratos se refirieron exclusivamente al derecho patrimonial de distribución de la obra (ficha Nro. 52, contrato “Alianza estratégica de comercialización de ejecutables entre G&S Integro y Megasisistemas” y ficha Nro. 71, “Documento de oferta comercial entre G&S Integro y Protequip”; y ficha Nro. 72, “Contrato de Suministro de Ejecutables). Mientras el contrato analizado y condensado en la ficha Nro. 131 guardaba exclusiva relación y

93 Cfr. fichas Nros. 52, 71, 72, 131 del Trabajo de investigación.

conexidad con la cesión total de derechos patrimoniales (“Contrato de cesión de derechos patrimoniales 160-2008, suscrito entre la Universidad de Antioquia —Facultades de Ingeniería y Economía—, Interconexión Eléctrica S.A E.S.P, Colciencias, el Instituto colombiano para el Desarrollo de la Ciencia y la Tecnología y los señores Sergio Agudelo Flórez y David Fernando Tobón Orozco”).

La forma en que se estructuran estrategias en torno a este tipo de contratos pone en evidencia cómo la estructura jurídica nacional en materia de derechos de autor confiere beneficios que en eventuales tensiones entre titulares de los derechos patrimoniales (cesionarios de los autores originarios) y titulares de los derechos morales, se privilegia el interés de los titulares patrimoniales. Así, resultan muy necesarias estrategias contractuales en el caso de los primeros tres contratos en los que la autora original (o más bien la titular de los patrimoniales original, por haber encargado a sus diferentes ingenieros de sistemas los desarrollos), desarrolla mecanismos contractuales de varios tipos buscando la protección de su potencial explotación económica futura, mientras en el último caso (Ficha 131), la elaboración contractual se hace sin cláusulas de protección alguna, dando por suficiente para la completitud del contrato el recurso a la estructura legal existente; lo que naturalmente implica que para la parte contratante fuerte (Universidad de Antioquia, Interconexión Eléctrica, Colciencias), suponía un coste marginal elevado implementar salvaguardas contractuales previendo diferentes situaciones conflictivas, lo que es revelador de esa estructura legal tendiente a favorecer sus intereses.

Una buena prueba de lo descrito en el anterior párrafo es la extensión de los cuerpos contractuales (el contrato correspondiente a la ficha 52 tiene 14 páginas, mientras el obrante en la ficha 72 tiene 7), así como las estrategias desplegadas a través de facultades contractuales por parte del cedente de los derechos patrimoniales, como las de intromisión en la actividad del distribuidor y la no exclusividad en el derecho de distribución concedido:

EL PROVEEDOR gozará de absoluta libertad e independencia en el ejercicio de sus funciones, estará limitado solamente, por las obligaciones naturales a su oficio y, además EL EMPRESARIO lo faculta, por medio del presente contrato, para realizar las siguientes actividades:

A. Realizar una inspección física a la(s) sede(s) de los equipos informáticos del EMPRESARIO, así como a los usuarios finales, con la finalidad de verificar el respeto a su propiedad intelectual, así como a los términos de este acuerdo.

B. Impartir instrucciones a los dependientes del EMPRESARIO con relación a los protocolos elaborados por EL PROVEEDOR para evitar la vulneración de sus derechos intelectuales sobre los programas.

C. Licenciar el producto YIREH y vender ejecutables a cualquier grupo de usuarios finales.⁹⁴

Otro conjunto de estrategias que se visualizan, por ejemplo, son las relacionadas con la imposición de reglas de conducta a los distribuidores que de una u otra forma conllevan el control de potenciales consecuencias sobre la actividad que implique eventuales situaciones de riesgo moral. Un ejemplo se observa en la cláusula cuarta del mismo contrato antes citado:

EL EMPRESARIO, se obliga frente al PROVEEDOR a lo siguiente:

1. La de pagar la remuneración pactada por los ejecutables en la ciudad de Medellín en las fechas de vencimiento señaladas en las facturas, a través de los medios que EL PROVEEDOR seleccione para la cancelación.

2. No adquirir compromisos en cuanto a cambio o modificaciones en los productos informáticos.

3. Informar periódicamente AL PROVEEDOR el nombre y datos de los clientes que están en proceso de adquirir o que han adquirido durante el periodo el ejecutable YIREH.

4. Respetar los derechos de autor que la normativa colombiana y extranjera consagra en favor del PROVEEDOR del programa.⁹⁵

c. Contratos de arrendamiento de ejecutables

Incluye todos aquellos contratos en donde además de autorizarse el uso de los ejecutables y sus aplicativos a cambio de un precio o una retribución onerosa, no se permite ni la copia ni instalación de los mismos a través de los equipos de cómputo desde los cuales se utilizan, por lo que deben ser utilizados a través de redes.

94 *2Contrato de Suministro de ejecutables*", cl. tercera. Ficha Nro. 72. En similar sentido cl. Tercera del "Contrato de Comercialización de Ejecutables entre G. & S. Integro y Megasistemas Ltda.", Ficha Nro. 52.

95 *Ibíd.* Cl. Cuarta. En similar sentido cl. Cuarta del "Contrato de Comercialización de Ejecutables entre G. & S. Integro y Megasistemas Ltda.", Ficha Nro. 52.

El precio toma la forma de canon y la perturbación sobre la tradicional teoría y configuración legislativa sobre el contrato de arrendamiento clásico es ostensible, en casos como en el de, por ejemplo, el art. 1980 del Código Civil.⁹⁶

De esta tipología de contrato solo se obtuvo uno durante el ejercicio de la investigación,⁹⁷ pese a lo cual pudo encontrarse una gran similitud en el espíritu y funcionalidad en el contrato de licenciamiento celebrado entre la compañía mexicana Netzen S. A. de C.V. y la colombiana Destino Caribe S. A.⁹⁸

En lo que respecta a alquiler (o arrendamiento de *software*), es pertinente advertir cómo se distancia del arrendamiento del objeto o medio físico donde el soporte lógico es contenido, pues la propia legislación distingue, en eventos donde no es posible la separación pero el objeto esencial de “alquiler” es otra cosa, que no se requiere la autorización del fabricante del programa computacional: sería el caso por ejemplo de la puesta en arriendo de un vehículo automotor que contiene un sofisticado *software* que controla las secuencias y marchas. Esta perspectiva es la abordada en Colombia al amparo de la Ley 565 de 2000, que acogió el Tratado de la Ompi sobre Derechos de Autor (WCT), adoptado en Ginebra, el 20 de diciembre de 1996,⁹⁹ en cuyo art. 7 se aborda este tipo de soluciones.

d. Contratos de transferencia viral de derechos

Durante el trabajo de investigación fue descubierta una categoría especial de contratos no anticipada en el período previo a la misma, los contratos de tipo viral, consistentes en la transmisión de derechos patrimoniales, generalmente de reproducción y distribución de obras que a su vez generarían en los receptores de

96 De acuerdo con el cual “Si se ha arrendado separadamente una misma cosa a dos personas, el arrendatario a quien se haya entregado la cosa será preferido; si se ha entregado a los dos, la entrega posterior no valdrá; si a ninguno, el título anterior prevalecerá”.

97 Cfr. Ficha Nro. 36, “*Contrato de Arrendamiento de Software ASP en formato WEB*”. En: ARENAS CORREA, José David. Material auxiliar investigación *Estrategias de auto regulación en bienes intangibles: el caso del software*. Material en medios digitales, presentado acompañado al informe final de investigación.

98 Cfr. Ficha Nro. 40. “*Contrato de licencia de uso de programa de cómputo “Multinet”*”. ARENAS CORREA, José David. Material auxiliar investigación *Estrategias de auto regulación en bienes intangibles: el caso del software*. Material en medios digitales, Fuentes primarias que acompañan el informe final de investigación.

99 Ley declarada EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1183-001 del 13 de septiembre de 2000, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

las mismas copias, reproducciones o actos de divulgación, la posibilidad de ejercer tales derechos por disposición del titular originario. Han sido denominados de carácter “viral”, pues el efecto práctico de tal estructuración contractual es que los derechos de uso y explotación patrimonial de ciertos aspectos de la obra, de una u otra forma quedan cedidos o transferidos por el propio titular originario, quien de manera alguna impide cualquier formación de exclusividades contractuales o características de exclusión sobre los bienes inmateriales en juego.

Esta forma de contratación constituye un ataque al amparo de los propios principios de los derechos de autor y del *copyright* a las apropiaciones y sistemas de explotación del conocimiento que han generado estos marcos normativos a favor de los titulares efectivos —entendiendo por efectivos a los originarios o cesionarios, que en el marco de una actividad mercantil llevan a cabo explotación de las prerrogativas en materia de derechos de autor—, quienes valiéndose de la estructura legal de creación de normas de exclusión, llevan a cabo operaciones económicas y pueden incluso operar estableciendo la “escasez” en el mercado del bien inmaterial sobre el cual la normativa les ha otorgado monopolio.

El contrato de transferencia viral de derecho fue un fenómeno identificado básicamente en dos de los contratos obtenidos a través de redes informáticas. Fueron recopilados e identificados dentro de esta categoría dos contratos, en concreto la “General Public Licence GPL Versión 3”, propuesta contractual elaborada por la FSF (Free software Foundation);¹⁰⁰ y el contrato de “Licenciamiento-atribución legal compartir 2,5-Colombia”, elaborado por la organización Creative Commons (CrCo).¹⁰¹

Esta tipología contractual de transferencia de derechos virales podría significar una violencia en la estructuración de categorías contractuales emanadas del trabajo, casi asimilable a la creación de categorías en un mismo nivel como “piedras preciosas y piedras insolubles” de Wilkins.¹⁰² Sin embargo es preciso presentar algunas razones por las cuales estos contratos de carácter viral fueron llevados a una

100 Cfr. Ficha Nro. 129 de trabajo de fichaje llevado a cabo en el marco del trabajo de investigación.

101 Cfr. Ficha Nro. 131 del trabajo de ficha llevado a cabo en el marco del trabajo de investigación.

102 A propósito del tema, puede verse el proemio de este trabajo.

categoría independiente durante el trabajo de investigación. En efecto, los contratos virales aquí contextualizados y equivalentes al 1,47% de la muestra, podrían ser categorizados luego de una mediana lectura como contratos de licenciamiento (ambos), del tipo prestación de servicios o como concesión de “derechos de uso”. Pese a lo anterior, de su contenido prestacional y de la estructuración de las cláusulas, podría verse entonces cómo también dichos contratos o documentos estandarizados para la transmisión viral de los derechos tienen consecuencias y efectos más profundos que el del licenciamiento de derechos de uso y podrían tomarse,¹⁰³ si no como una cesión, sí como licenciamiento de derechos patrimoniales de varias categorías, como por ejemplo el de comunicación pública, reproducción, transformación y divulgación de la obra. Una forma de verificar esto más fácilmente es a través del amparo de la verificación del contenido contractual.

Así, por ejemplo, en el licenciamiento de la FSF se establece en su preámbulo:¹⁰⁴

The licenses for most software and other practical works are designed to take away your freedom to share and change the works. By contrast, the GNU General Public License is intended to guarantee your freedom to share and change all versions of a program to make sure it remains free software for all its users. We, the Free Software Foundation, use the GNU General Public License for most of our software; it applies also to any other work released this way by its authors. You can apply it to your programs, too.

When we speak of free software, we are referring to freedom, not price. Our General Public Licenses are designed to make sure that you have the freedom to distribute copies of free software (and charge for them if you wish), that you receive source code or can get it if you want it, that you can change the software or use pieces of it in new free programs, and that you know you can do these things.¹⁰⁵

103 Ambos son propuestas contractuales de organizaciones que abogan por una industria en la producción de obras sometidas a derechos de autor en las cuales no se incurran en excesos que privilegien el incentivo económico sobre el derecho del público del acceso a la cultura y el conocimiento.

104 Vale advertir que sobre este contrato en concreto puede recurrirse como fuente de referencia a un trabajo de grado inédito de la Universidad de Antioquia: Gómez Padilla, Oscar Daniel. *La validez jurídica de la licencia GPL versión 3 en el marco normativo de los derechos de autor en Colombia*. Trabajo de Grado (Monografía Jurídica Para acceder al Título de Abogado). Medellín: Universidad de Antioquia, Sistema de Bibliotecas.

105 Cfr. “GNU General Public License Version 3”. 29 de Junio de 2007” [se agregaron los subrayados]. Cfr. Ficha 129. La traducción nuestra podría ser la siguiente: “*Las licencias para la mayoría del software y otros trabajos prácticos están diseñadas para quitarle a usted la libertad de compartir y modificar esos trabajos. Por el contrario, la Licencia Pública General de GNU pretende garantizarle la libertad de compartir y modificar todas las versiones de un programa para asegurarse de que sigue siendo software libre para todos sus usuarios. Nosotros, la Fundación para el Software*

Esto se ve reiterado en el marco del mismo contrato en múltiples ocasiones, permitiendo, por ejemplo, la propagación sucesiva, siempre que no se dé como sublicenciamiento y bajo el mismo amparo y protección, al menos en lo que se refiere a derechos para la obra que originalmente se otorga con la licencia (la que puede sufrir transformaciones por parte de los licenciatarios, quienes a su vez pueden distribuir las obras transformadas, respetando la licencia original y con la posibilidad de amparar su correspondiente transformación bajo los derechos de autor, lo que incluso implica la posibilidad de una explotación económica):

You may make, run and propagate covered works that you do not convey, without conditions so long as your license otherwise remains in force. You may convey covered works to others for the sole purpose of having them make modifications exclusively for you, or provide you with facilities for running those works, provided that you comply with the terms of this License in conveying all material for which you do not control copyright. Those thus making or running the covered works for you must do so exclusively on your behalf, under your direction and control, on terms that prohibit them from making any copies of your copyrighted material outside their relationship with you.

Conveying under any other circumstances is permitted solely under the conditions stated below. Sublicensing is not allowed; section 10 makes it unnecessary.¹⁰⁶

Se contempla la imposición de renunciaciones a medidas de protección tecnológica de utilizarse como base una obra amparada por esta licencia:

Libre, usamos la Licencia Pública General GNU para la mayoría de nuestro software, sino que también se aplica a cualquier trabajo realizado de la misma manera por sus autores. Usted también puede aplicarla a sus programas. Cuando hablamos de software libre, estamos refiriéndonos a libertad, no a precio. Nuestras Licencias Públicas Generales están diseñadas para asegurarnos de que tenga la libertad de distribuir copias de software libre (y cobrar por ello si lo desea), que reciba el código fuente o que pueda conseguirlo si lo quiere, de que pueda modificar el software o usar fragmentos de él en nuevos programas libres, y de que sepa que puede hacer estas cosas."

106 Cfr. ficha 129. En carpeta compartida en dropbox (archivo de fichaje mencionado: https://www.dropbox.com/sh/gw77vfl-15gjzapo/_GakeDEEwE) "*Usted podrá realizar, ejecutar y difundir trabajos amparados que no distribuya, sin condición alguna, siempre y cuando no tenga otra licencia en vigor. Podrá distribuir trabajos amparados a terceros con el único fin de que ellos hagan modificaciones exclusivamente para usted, o le proporcionará ayuda para ejecutar esos trabajos, siempre y cuando cumpla con los términos de esta Licencia distribuyendo todo el material para el que no se ejerce control sobre los derechos de autor. Aquellos que realicen o ejecuten los trabajos amparados para usted deben hacerlo exclusivamente en su nombre, bajo su dirección y control, en los términos que les prohíban realizar copias de su material con derechos de autor fuera de su relación con usted.*

La distribución bajo otras circunstancias se permite únicamente bajo las condiciones indicadas a continuación. No está permitido sublicenciar, la sección 10 lo hace innecesario".

When you convey a covered work, you waive any legal power to forbid circumvention of technological measures to the extent such circumvention is effected by exercising rights under this License with respect to the covered work, and you disclaim any intention to limit operation or modification of the work as a means of enforcing, against the work's users, your or third parties' legal rights to forbid circumvention of technological measures.¹⁰⁷

Y naturalmente, la terminación en caso de no seguirse los términos de licenciamiento establecidos en el contrato:

You may not propagate or modify a covered work except as expressly provided under this License. Any attempt otherwise to propagate or modify it is void, and will automatically terminate your rights under this License (including any patent licenses granted under the third paragraph of section 11).¹⁰⁸

Situaciones de licenciamiento de derechos patrimoniales se ven meridianamente reflejadas en la técnica de contratación propuesta por *Creative Commons*. A continuación se presentan algunas citas reveladoras de dicho contrato:

Bajo los términos y condiciones de esta Licencia, el Licenciante otorga a Usted una licencia mundial, libre de regalías, no exclusiva y perpetua (durante todo el período de vigencia de los derechos de autor) para ejercer estos derechos sobre la Obra tal y como se indica a continuación:

- a. Reproducir la Obra, incorporar la Obra en una o más Obras Colectivas, y reproducir la Obra incorporada en las Obras Colectivas;
- b. Crear y reproducir Obras Derivadas;
- c. Distribuir copias o fonogramas de las Obras, exhibirlas públicamente, ejecutarlas públicamente y/o ponerlas a disposición pública, incluyéndolas como incorporadas en Obras Colectivas, según corresponda;

107 Cfr. Ficha 129. "*Cuando distribuya un trabajo amparado, renuncia a cualquier facultad legal para prohibir la burla de medidas tecnológicas en la medida se lleva a cabo dicha elusión al ejercer derechos bajo esta Licencia respecto al trabajo amparado, y usted renuncia a cualquier intención de limitar el uso o la modificación de la trabajar como un objetivo de imponer, contra los usuarios de la obra, el o los derechos legales de terceros para prohibir la burla de medidas tecnológicas*". Traducción propia.

108 Cfr. Ficha 129. "*Usted no podrá distribuir o modificar un trabajo amparado salvo lo expresamente permitido por esta Licencia. Cualquier intento diferente de distribución o modificación será considerado nulo, y cesarán automáticamente sus derechos bajo esta Licencia (incluyendo las licencias de patentes concedidas con arreglo al párrafo tercero del apartado 11)*".

d. Distribuir copias de las Obras Derivadas que se generen, exhibirlas públicamente, ejecutarlas públicamente y/o ponerlas a disposición pública.

e. Para evitar dudas, cuando se trate de una obra que sea una composición musical:

- i. Regalías por interpretación y ejecución bajo licencias generales. El Licenciante renuncia al derecho exclusivo de recolectar, sea individualmente o a través de una sociedad de gestión colectiva de derechos de autor y derechos conexos (por ejemplo, Sayco), las regalías por la ejecución pública o por la ejecución pública digital de la obra (por ejemplo *Webcast*) licenciada bajo licencias generales.
- ii. Regalías por Fonogramas. El Licenciante renuncia al derecho exclusivo de recolectar, individualmente o a través de una sociedad de gestión colectiva de derechos de autor y derechos conexos (por ejemplo, Sayco), una agencia de derechos musicales o algún agente designado, las regalías por cualquier fonograma que Usted cree a partir de la obra (“versión cover”) y distribuya, en los términos del régimen de derechos de autor.¹⁰⁹

También se observa el arreglo viral no convencional en los contratos usuales de licenciamiento:

La licencia otorgada en la anterior Sección 3 está expresamente sujeta y limitada por las siguientes restricciones:

a. Usted puede distribuir, exhibir públicamente, ejecutar públicamente, o poner a disposición pública la Obra sólo bajo las condiciones de esta Licencia, y Usted debe incluir una copia de esta licencia o del Identificador Universal de Recursos de la misma con cada copia de la Obra que distribuya, exhiba públicamente, ejecute públicamente o ponga a disposición pública. No es posible ofrecer o imponer ninguna condición sobre la Obra que altere o limite las condiciones de esta Licencia o el ejercicio de los derechos de los destinatarios otorgados en este documento.

[...]

b. Usted puede distribuir, exhibir públicamente, ejecutar públicamente, o poner a disposición pública una Obra Derivada solo de acuerdo con las condiciones de esta Licencia, una versión posterior de esta licencia con los mismos elementos que tiene

109 Cfr. Ficha Nro. 131. Licencia. *Creative Commons*. ARENAS CORREA, José David. Material auxiliar investigación *Estrategias de auto regulación en bienes intangibles: el caso del software*. Material en medios digitales, Fuentes primarias que acompañan el informe final de investigación. Matriz universal de fichaje, archivo de extensión xls. en carpeta de dropbox compartida en este libro.

esta licencia o una Licencia iCommons de Creative Commons que contenga los mismos Elementos de esta Licencia [...]. No es posible ofrecer o imponer ninguna condición sobre las Obras Derivadas que altere o limite las condiciones establecidas por esta Licencia o el ejercicio de los derechos de los destinatarios otorgados en este documento.

[...]

a. Cada vez que Usted distribuya o ponga a disposición pública la Obra o una Obra Colectiva, el Licenciante ofrecerá al destinatario una licencia en los mismos términos y condiciones que la licencia otorgada a Usted bajo esta Licencia.

b. Cada vez que Usted distribuya o ponga a disposición pública una Obra Derivada, el Licenciante ofrecerá al destinatario una licencia para la Obra originaria en los mismos términos y condiciones garantizadas por la licencia que le ha sido otorgada a Usted bajo esta Licencia.¹¹⁰

Son elementos de los clausulados contractuales, que, como puede observarse, generan una distancia inmensa con las tradicionales formas de licenciamiento, y que constituyen desde la utilización de la figura del licenciamiento abierto una herramienta de ataque contra la apropiación en el marco de los derechos de autor o contra la desnaturalización del *software* o la propiedad intelectual en general como bienes públicos en el sentido económico.

2.4 SOBRE VARIABLES ESPERADAS QUE NO SE PRESENTARON (AUSENCIAS): CONTRATOS DE EDICIÓN

Pese a la importante cantidad de contratos obtenidos, varias conclusiones pueden abordarse también de figuras contractuales esperadas y que no se presentaron en el trascurso de la investigación, como, por ejemplo, el contrato de edición de obra, regulado por los arts. 105 y ss. de la Ley 23 de 1982. En efecto, no se obtuvo ningún contrato bajo esta modalidad, lo que lleva a la conclusión de que la estructura del mercado en nuestro medio (y en el internacional, teniendo en cuenta que en las muestras se acopiaron contratos internacionales con efectos en Colombia) induce a que los fabricantes de *software* obren como editores de sus propios productos. Aun así, es posible hacer algunas anotaciones importantes al

110 *Ibid.*

respecto, como que es viable la aplicación de esta tipología de contratos a los productos de soporte lógico, para sus diferentes fijaciones en diferentes formatos, que faciliten la llegada de los productos a los consumidores.

Siendo así, bien vale la pena observar algunos aspectos relevantes del contrato de edición de *software*. En efecto, parte de la normativa dispuesta en la ley 23 de 1982 para tal modalidad de contratación típica, si bien a primera vista parece aplicable al caso de los intangibles informáticos, se hace inviable en virtud de las siguientes circunstancias:

- a. Delegar la edición no tiene sentido con un estado de la técnica en el cual la edición puede ser llevada a cabo a costos cero y en fracciones minúsculas de tiempo gracias a la evolución de las redes.
- b. Cada vez tiende a desmaterializarse más, en conexión con lo anterior, la necesidad de la venta de un soporte físico para licenciar, comunicar o reproducir una obra.
- c. La edición de *software* en soportes físicos, como era mayoritaria en el pasado (diskettes o discos ópticos), generó la necesidad de mayores inversiones en las medidas de seguridad anticopia, elevando los costos de distribución.
- d. La edición de *software* en soportes físicos sin recurrir a las medidas anticopia significó agrandar el riesgo moral en cabeza del consumidor y la potencial reducción de utilidades de los editores, haciendo inviable, no jurídicamente sino económicamente, la contratación por no generar el incentivo suficiente a la realización de las transacciones económicas respectivas.

De igual forma, los contratos de inclusión en fonogramas de que tratan los arts. 151 y ss. de la Ley 23 de 1982 corresponden a otra tipología de contratos tipificados en materia de derechos de autor y que serían de esperarse en nuestro contexto, pero sobre los cuales no se encontró evidencia alguna. Piénsese por ejemplo en el *software* de videojuegos que se desarrollan incluyendo componentes musicales en ellos, muchos protegidos al amparo de la legislación de derechos de autor o las regulaciones de *copyright*. La inclusión de dichas obras en los programas dedicados al entretenimiento requiere de contratos de licenciamiento por parte de los titulares, tipologías de contratos de los cuales era de esperar algún hallazgo,

pero no se encontró. Esto no significa que no tenga relevancia dicho tipo de contratación en materia informática, sino que de uno u otro modo el contenido de las estipulaciones contractuales en las formas de negociación estándar, quedan incluyendo los componentes necesarios de tal tipo de contratos, y por tal razón sería innecesario realizar contratos adicionales.

Ocurre de forma similar con otro tipo de propiedad inmaterial: la industrial. Así, por ejemplo, podría pensarse en la posibilidad de negociaciones sobre aspectos marcarios que identifican productos informáticos, una suerte de meta-negocio sobre intangibles de diferentes naturalezas y al amparo de dimensiones normativas diferentes del derecho de la propiedad intelectual, porque se referiría en el pacto de cesión de derechos de uso sobre marcas que identifican productos informáticos, y con mayor gravedad en potenciales acuerdos de licenciamiento de los signos distintivos de los programas como componentes de negocios, como el franquiciamiento de *software*.

Dichas categorías contractuales, imaginadas por cuanto en el ejercicio de recolección de contratos no pudo encontrarse alguna expresión de estas circunstancias, no dejan de representar un escenario interesante de verificación de posibilidades de negocios sobre imagen, recordación y posicionamiento de productos de soporte lógico: así como es posible alterar la interfaz de un *software* esencialmente similar en materia de códigos fuente y en parametrización (incluso en campos, solo que con diferente ubicación), sería posible presentar un *software* con una interfaz bastante similar pero cuyo lenguaje de programación así como sus códigos fuentes contengan fórmulas diferentes de expresión y funcionamiento. Siendo así, surge la posibilidad de una válida explotación de la imagen exterior y la marca de un *software* para negocios como el licenciamiento, donde habría lugar a otra modalidad de la explotación de monopolios normativamente fabricados.

Una muestra de la anterior idea de cómo transferencias, negociaciones o disposiciones de propiedad intelectual relacionada como obras musicales implícitas en el *software*, marcas, material gráfico y demás relacionadas, quedan subsumidas, se avizora en las cláusulas de disposiciones sobre propiedad inmaterial derivada o relacionada que se encontraron en algunos de los contratos estudiados.

Así pudo constatarse en la confrontación de algunos de esos contratos,¹¹¹ en los cuales se configuran cláusulas de sustracción a la propiedad inmaterial de los usuarios; u otros en los que se estipula como un elemento de propiedad inmaterial susceptible de identificación del titular todo lo referente a la propiedad inmaterial sobre interfaz y material multimedia, material visual y material anexo.¹¹² De igual forma, en cuanto a la disposición sobre los derechos de la propiedad intelectual como un todo podrían perfectamente subsumirse formas contractuales relacionadas con derechos de autoría conexos o de obras que se integran a la obra de soporte lógico en general, lo que pudo encontrarse algunos de esos contratos.¹¹³

Algunas modalidades, como el arrendamiento, la parametrización, el desarrollo y la instalación, no aparecieron concurrentemente; pese a lo anterior, sí se presentaron en un grado significativo, tomando en cuenta el carácter primordialmente masa que tienen, los contratos de licenciamiento por oposición a la negociación en términos diferentes en el marco de contratos que no necesariamente tocan al usuario final y, por lo mismo, no se repiten de forma tan voluminosa.

111 Contratos con fichas de numeración F 35, F 36, F 78, F 79, F 105, F 127 y F 136 y sus respectivos contratos enlazados, que pueden ser abordados en carpeta pública de la nube digital dropbox desarrollada como material complementario de la investigación y adicionado a este libro correspondiente al siguiente enlace: https://www.dropbox.com/sh/gw77vfl-15gizapo/_GakeDEEwE. Se recomienda observar en concreto los siguientes contratos: “CLUF relativo a los contenidos online de Microsoft”, “Contrato Complementario para licencia de usuario final windows xp.sp2”, “Términos de licencia del software Microsoft Windows 7”, “Términos de licencia del suplemento para software de Microsoft”, “Términos de licencia del software de Microsoft Microsoft windows malicious software removal tool”, “Contrato de licenciamiento de uso dependiente de software”, “Condiciones generales de uso de Research In Motion Limited (RIM)”, respectivamente.

112 Se trata los contratos contenidos en las fichas F 35, F 56, F78, F 117, F 128, F 130 y F 136 (“CLUF relativo a los contenidos online de Microsoft”, “Contrato de licenciamiento para usuario final” (G & S Integro Ltda.), “Términos de licencia del software Microsoft Windows 7”, “Oferta comercial: Propuesta publicitaria” (G. & S. Integro Ltda.), “Condiciones de servicio de Google”, “Condiciones de uso del aplicativo para la constitución virtual de sociedades por acciones simplificadas”, “Condiciones generales de uso de Research In Motion Limited (RIM), respectivamente). Fichaje con hipervínculos que puede ser bajado de la carpeta pública de dropbox referida en la anterior cita.

113 Se invita a verificar la información de investigación en archivo contenido en carpeta de dropbox referida, en concreto, las fichas clasificadas en las fichas F 9, F 13, F 15, F 16, F 23, F 24, F 39, F 43, F 51, F 52, F 55, F 56, F 57, F 61, F 67, F 68, F 70, F 72, F 73, F 75, F 83, F 88, F 89.

3. LOS CONTRATOS-ESTRATEGIAS



Una vez, Jacob había preparado un guiso cuando llegó Esaú del campo, agotado.

Dijo Esaú a Jacob: «Oye, dame a probar de lo rojo, de eso rojo, porque estoy agotado» —Por eso se le llamó Edom. Dijo Jacob: «Véndeme ahora mismo tu primogenitura».

Dijo Esaú: «Estoy que me muero. ¿Qué me importa la primogenitura?».

Dijo Jacob: «Júramelo ahora mismo.» Y él se lo juró, vendiendo su primogenitura a Jacob.

Jacob dio a Esaú pan y el guiso de lentejas, y este comió y bebió, se levantó y se fue. Así desdeñó Esaú la primogenitura.

Génesis, cap. 25 v. 29-34.

3.1 EL JUEGO DE AGENCIA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN DE SOFTWARE

Asumiendo que en la mayoría de las relaciones de *software* abordadas se estructuró una relación de agencia, en la cual los usuarios finales o consumidores inexpertos en el sector informático acuden para la “adquisición” de licencias o para la atención de necesidades de consumo específicas en relación al *software*, y las casas fabricantes como productoras experimentadas ofrecen soluciones, bien sea a través de licencias, desarrollos o diseños. Podría entenderse preliminarmente que existe una coincidencia o un paralelismo estadísticamente relacionado (como lo indica el cruce de las variables de la posición contractual de contratantes con la condición de principal y agente en el juego de agencia)¹¹⁴, entre la posición del *principal* y la posición de la compañía fabricante, cuando esta ofrece contratos masa, así como entre la posición del usuario de los programas de computación y el *agente*, especialmente en situaciones de contratación masa. Esto obviamente tomando el juego de agencia en un sentido más amplio al que normalmente se

114 Para esto se sugiere abordar en el enlace de dropbox suministrado la carpeta que contiene el fichaje de los contratos y la hoja contentiva de la matriz universal donde pueden hacerse las verificaciones necesarias a través de autofiltros de información.

ha tenido en cuenta, como un juego de *Stackelberg*, en el que la condición de principal o líder deriva no del acceso y conocimiento de la información, sino del liderazgo en el juego y de ser la primera parte que propone el contrato.¹¹⁵

Si bien esto simplificó los supuestos de las contrataciones elegidas a casos de “toma o deja” (contratos por adhesión masa normalmente), pese a que fue visible que en algunos casos en donde hubo propuestas de negociación, sí se asimilan a la presencia de contratación preponderantemente asimétrica y masa.¹¹⁶ Por esto, en los contratos en los que era más notoria la opción de negociación se escogió determinar como líder o principal a la compañía que postulaba el primer modelo de contrato.

Ocurren entonces situaciones que podrían ser modeladas desde la perspectiva de la selección adversa, como lo que respecta a la selección por parte de los usuarios del *software* más apropiado para sus necesidades y la disposición a pagar por el mismo, en lugar de la oferta de un *software* estándar (caso por ejemplo de las versiones familiares por oposición a las versiones profesionales de los sistemas operativos).

Asimismo, también se encuentran situaciones de riesgo moral, reflejadas en la potencial defraudación que puede cometer el agente con las licencias adquiridas, al sacar por ejemplo copias para su instalación y uso en otros equipos, así como también al permitir el acceso desde redes para la explotación de muchos usuarios de una misma licencia.

La propuesta de una relación de agencia y de la aplicación de la teoría del principal – agente, aplica plenamente al caso de los contratos presentados y se expondrá la teoría utilizando dichos modelos de contratación como base del análisis realizado sobre las diferentes circunstancias de contratación.

Podría plantearse la relación problemática entre las partes en un modelo sencillo, escenificando las estrategias en paralelismo en el que es notable observar cómo,

115 Cfr. Salanié, 2000: 5-6.

116 Del fichaje de la investigación puede concluirse que un 91% de los contratos correspondió a relaciones asimétricas o masa.

a diferencia de los modelos de agencia normales, en el caso de la delegación a la compañía informática (al menos en el caso del *software* estándar), para el fabricante del *software* no existen incentivos diferentes al precio esperado del producto que puedan venir de parte del consumidor.

Estimando como principal al consumidor, o al involucrado que no pertenece al sector informático, que demanda servicios de licenciamiento, arrendamiento o diseño de *software*, así como en ocasiones a la compañía de *software*, cuando contrata los servicios del desarrollador, podríamos pensar en dos casos: el del *software* como producto de consumo en el mercado y el de la negociación sobre el *software* en términos internos o equivalentes (caso de negociaciones directas sobre derechos patrimoniales y en términos simétricos para el diseño de productos informáticos a clientes “iguales”).¹¹⁷

En el primer caso, del *software* consumo, se puede plantear la estrategia del agente (productor del *software*), y tendríamos las siguientes situaciones:

- a. La utilidad del programa se correlacionaría directamente con el esfuerzo del agente (productor), quien a través de su investigación e inversión en la creación del producto podría obtener un producto exitoso y atractivo en el mercado.
- b. Podrían pensarse los costos de producción (CP) del agente como la suma de sus costos fijos (F) y sus costos variables (CV):

$$CP = F + CV \text{ (i)}$$

- c. Sus costos fijos dependerían exclusivamente de las necesidades de desarrollo y estarían ligados también al fenómeno denominado “producción” (p), y restricciones tecnológicas (t) del *software*, tratándose entonces $F(p, t)$. Producción refiriéndose a la etapa de diseño del sistema informático, que significa el coste mayor para el productor, hasta obtener una versión estable del *software*.
- d. Por su parte, los costos variables vendrían determinados por las variables independientes “mantenimiento” (m), referido este a la adecuación del

117 Situaciones que han sido descritas en este trabajo como de negociaciones “simétricas”.

mismo cuando surgieren problemas de errores o inestabilidad del *software*, que se mejoran a través de las versiones y/o actualizaciones; así como el coste adicional que impliquen las unidades de soporte lógico a proveer según el aumento de las ventas (por ejemplo, los discos ópticos en que se almacenan los productos informáticos para los licenciamientos masivos) y que impone un canal de distribución más extenso, variables que reuniremos bajo la *o* de “otras”; serían entonces la función *cv* (*m*, *o*).

- e. Ahora bien, el beneficio, expresado en las prestaciones y utilidades esperadas que obtendrían los usuarios o solicitantes del *software* (principales) podría expresarse como $B(e)$, es decir un beneficio como función relacionada con el esfuerzo del agente (productor de *software*), tomándose el precio impuesto por los productores como un dato dado “Pr”.
- f. Por su parte el costo del esfuerzo $c(e)$ del agente-productor del *software* podría ser descrito de dos maneras,¹¹⁸ con la función subjetiva de esfuerzo:
 $c(e) = k(1/2)e^2$ (ii) para los costos variables.

Siendo *k* la tasa de crecimiento del costo marginal del esfuerzo, que para el caso del costo variable es cero, pues el costo marginal es prácticamente cero a partir de la primera unidad completa de un producto informático.

y

$c(e) = k(1/2)e^2$ para los costos fijos, entendiendo *k* como una constante en la etapa de costos fijos, relacionada con el esfuerzo en tiempo y horas de trabajo en la producción de un programa de computadora determinado que se toma como un hecho dado (es decir el producto ya está terminado, por lo que el costo del esfuerzo y el costo fijo del mismo está determinado).

- g. Para atenuar lo anterior podría estimarse que se afecta principalmente el esfuerzo o los costos del esfuerzo, que están reflejados en los *cv*.
- h. La utilidad del productor de *software* podría describirse así: $U = x(Pr) - CP$. Siendo *x* la cantidad de unidades comercializadas o negociadas de licencias, *Pr* el precio estándar o promedio colocado a las mismas, y *CP* los costos de

118 Cfr. trabajos de modelación sencillos, como Gorbaneff, 2003.

producción, que a su vez podrían ser sustituidos en el elemento de costos simplemente por los costos fijos. De tal modo, la función de utilidad quedaría así: $U = x(\text{Pr}) - \text{CF}$.

Como puede observarse, el mayor incentivo del productor de *software* para la obtención de ganancia es el volumen de negociaciones (x), el mantenimiento de un precio de mercado (Pr) alto, o la disminución de sus costos fijos (en la medida que el costo variable es cercano a cero), tomado como función del costo del esfuerzo y atenuando otras variables relacionadas con el volumen de la producción no relevantes en lo que respecta al bien inmaterial en sí.¹¹⁹

- i. En un ejercicio de generalización, podríamos tomar la función de CF como un componente de diversos costos administrativos y de funcionamiento (CA), que son variables en el largo plazo, aunados al costo hundido de la producción del primer aplicativo a vender $\text{CF} = \text{CA}(x) + \text{CH}$. Lo que podría significar que el costo hundido de producción del *software* se convertiría en primera instancia en una constante, en la medida que su valor no depende del número de unidades que se venden en el mercado.

Para el consumidor, en materia contractual la estrategia óptima estribaría en que los productores del *software* maximizaran su esfuerzo, por lo que deberían proponerse crear todos los incentivos necesarios para que

$$\text{MAX } U = x(\text{Pr}) - \text{CF}$$

e

Lo que no es viable porque, como se observó, con la relevancia del esfuerzo en la determinación del Costo del Productor de *Software* es un costo hundido, y en la estructura de costos variable el $c(e)$ no tiene gran relevancia dada la tendencia de k a cero.

Bajo la anterior óptica podrían observarse los contratos de licenciamiento y “arriendo” de *software* abordados, en los cuales el poder de negociación del usuario

119 Se trataría del costo variable que implica por ejemplo el aumento en el volumen de soportes físicos, transporte de los soportes físicos y mecanismos de distribución del *software*, que para efectos del análisis se tomará por irrelevante, tratándose como objeto de estudio el bien inmaterial en sí, que a su vez puede sufrir negociaciones.

final fue anulado, sin que existieran verdaderos mecanismos contractuales que demostraran la estructuración de incentivos para favorecer los intereses de los usuarios (los cuales resultaron inútiles).¹²⁰

Esto conlleva a varios planteamientos relevantes desde la perspectiva del juego de agencia entre los fabricantes y los usuarios:

- El poder de incentivo de parte de los usuarios a los fabricantes para una mejoría en su trabajo es muy bajo, y es viable pensarlo desde la perspectiva del cambio del producto únicamente.
- Esto conlleva a que el poder de negociación del consumidor, usuario de *software* en lo que respecta a condiciones del producto, es bajo, exceptuando el caso de la contratación de *software* por encargo, en la cual la estructura de costos variables se hace relevante en el modelo, y $c(e)$ es relevante en la medida que se gobierna por las demandas del consumidor.
- En otro tipo de negociaciones este análisis puede prestar alguna relevancia, como por ejemplo en la negociación sobre derechos patrimoniales del *software*, en donde estaría claro que la medida del valor del producto informático sería el existente y su funcionalidad al momento de realizarse la operación de cesión por parte del cedente.
- En los contratos de desarrollo por encargo, o en aquellos en los que se contratan ingenieros o los denominados “desarrolladores”, no existe un incentivo fuerte diferente al salario para el dependiente de la compañía de *software*. Cambiaría el modelo, tomándose la función expresada para el consumidor como aplicable a la empresa (el beneficio de la compañía sería en función del esfuerzo del dependiente desarrollador), y la fórmula de costos del empleado se correlacionaría con sus esfuerzos, de hecho de una manera que k tendría un valor diferente a cero, pues no se trata de programa de computadora como un producto dado, sino como uno en proceso. De igual forma en lugar de $x(Pr)$, el ingreso del desarrollador por encargo se

120 Evidencia empírica de lo anteriormente propuesto, podría evidenciarse en las fichas con Numeración: F 29, F34, F 35, F 36, F 37, F 38, F 43, F 45, F 47, F 50, F 51, F 69, F 76, F 77, F 78, F 79, F 87, F 101, F 102, F 103, F 105, F 106, F 107, F 114, F 116, F 121, F 128, F 130, F 132, todos los cuales en los que desde la perspectiva de Salanié el productor tendría la posición de principal exceptuando en el caso de los contratos en las fichas F 45 y F 46. Las anteriores fichas y sus hipervínculos a contratos en la carpeta de dropbox pública creada para los lectores de esta obra.

traduciría en w , o en su salario, por lo que en su evento sí tendría sentido de alguna manera en términos de incentivos:

$$\text{MAX } U = w - c(e)$$

e

Supongamos, por ejemplo, que a los desarrolladores se les ofrece un salario con un componente variable y otro comisionable sobre las ganancias generadas a la empresa:

$$\text{MAX } U = r + \theta B - c(e) = k(1/2)e^2 \quad \text{MAX } U = r + \theta Q - c(e) = k(1/2)e^2$$

Con lo que se llegaría a las mismas conclusiones y desarrollo que en el modelo matemático planteado por Gorbaneff con respecto a la teoría del agente y el principal de acuerdo con la cual la estructura de incentivos óptima sería la remuneración por comisiones a través de contratos de franquiciamiento en lugar de la remuneración salarial.¹²¹

Esto no se compadece con la actitud observada en los contratos estudiados en los que se estructuraron incentivos principalmente fijos, como la remuneración pactada en un “Contrato de suministro de servicios”,¹²² lo que tiene explicación en situaciones referentes a estrategias a largo plazo y que escapan al modelo, por ser institucionales, como que de existir una participación en el beneficio de la empresa, se estaría revelando en cierta medida la tasa de ganancia de la compañía productora al desarrollador, quien bajo la estructura legal colombiana podría utilizar el trabajo de su propia autoría moral para el desarrollo de productos competidores.

3.2 RELACIONES CONTRACTUALES ASIMÉTRICAS

Una situación prominente de las relaciones contractuales cuyo objeto es el *software*, es la situación de desigualdad entre contratantes y contratistas, que tiende a generar un poder predominante en cabeza de los fabricantes de los programas, en la siguiente serie de casos:

121 Gorbaneff, 2003:75- 87.

122 Cfr. Ficha Nro. F 122. “*Contrato de suministro de servicios*”. ARENAS CORREA, José David. Material auxiliar investigación. En carpeta pública de dropbox fijada para esta publicación ficha F 122.

- a. En el caso de los contratos de licenciamiento, en el costo marginal nulo que les implica a los otorgantes de las licencia la provisión de las mismas de manera adicional, contrastado con la excesiva onerosidad que puede derivar de la diferencia de precio entre la licencia monousuario y la multiusuario del sistema informático; así, hace tentador el riesgo a la defraudación a través del establecimiento de mecanismos de acceso remoto a una única licencia instalada.
- b. En el caso de los contratos de arrendamiento de *software*, el permanente riesgo de pérdida de la información, apropiación, divulgación de la misma o dificultad de compatibilidad con otros sistemas informáticos que implica la posesión de las bases de datos en manos del diseñador del *software*. Adicionalmente, el riesgo del elevadísimo costo marginal de un “apagón” o “corte” de los servicios provistos por el *software*, y la necesidad de su reemplazo para la operación con nuevos sistemas.
- c. En eventos en los que se arrienda el *software* pero no se apropian las bases de datos, el riesgo se encuentra en la segunda situación descrita en el anterior numeral.
- d. En contratos de desarrollo a la medida o de diseño de *software*, los riesgos de primacía derivan de la estructuración de las normas de derechos de autor en Colombia, especialmente en el ámbito de la propiedad moral, que tienen especial relevancia frente a fenómenos como el autoplagio, que se trata en otro pasaje de este trabajo.

3.3 SUBAPROPACIONES DE PRODUCTOS INTELLECTUALES OBJETO-PUGNAS DE APROPIACIÓN

En el trabajo de investigación se descubrieron estrategias de transferencia del conocimiento en diversos contratos, dependiendo del origen de dicha información e ideas. Así, por ejemplo, se presentan casos de apropiación de la información que fluyen en el sentido consumidor-productor; y situaciones de autorización o concesión de derechos de uso (que acaban convirtiéndose en parte de la forma de expresión), de la utilización de plantillas en nuevas formas o productos de los autores (flujo productor-consumidor).

Estas estrategias tienen variadas circunstancias, según el tipo de contrato que se está abordando (desarrollo de *software* a la medida o por encargo, licenciamiento con desarrollos a la medida y arrendamiento de *software*), y guardan relación no solo con la protección del producto informático como tal sino con la información que a través del mismo es utilizada, como las bases de datos o la fabricación de archivos, que contienen en sí de una u otra forma, propiedad inmaterial.

En el marco del desarrollo a la medida o por encargo de *software* que tiene una base prefabricada en varias de las cláusulas relacionadas con el diseño, el solicitante y el encargado (dependiendo de quién elabora el contrato) difieren respecto a la asignación de los derechos intelectuales sobre procesos técnicos controlados a través del *software*),¹²³ pues ambas partes se autoadjudican los mismos. Este fenómeno ilustra con claridad la circunstancia en un juego de agencia, en la que ambas partes tienen la posibilidad de apropiación del producto intelectual de la otra: el usuario, de la obra plasmada en el *software* de la compañía productora; la compañía, en los secretos comerciales, técnicas o procesos que le está transmitiendo a su productor para el desarrollo a la medida.

En el caso del arrendamiento por ejemplo, la tensión se torna más evidente cuando la utilización del *software* se hace depositando la información en una base de datos remota (en virtud de cláusulas o prácticas a través de las cuales la información del cliente-usuario acaba hospedada en un servidor remoto perteneciente al desarrollador de *software*); porque si bien en los marcos contractuales estudiados existe un relativo respeto por la propiedad de la información contenida en las bases de datos (que coincide con la manera en que nuestra estructura jurídica asigna los derechos), de todos modos está presente el riesgo de la utilización, apropiación indebida o destrucción de la información.

En cuanto a este aspecto, se han construido autorregulaciones claras sobre divulgación de secretos y apropiación de la información. No obstante, en el caso de la apropiación de desarrollos sobre *software* a encargo, no, y en gran parte por el propio marco legal de los derechos de autor que regula el asunto en Colombia.

123 En este aspecto pudo observarse una marcada diferencia entre los contratos elaborados por los usuarios-contratantes y aquellos elaborados por las compañías de *software* (contratistas).

Para efectos de ilustrar dichos problemas, plantearé la siguiente situación, descubierta en una de las entrevistas no-estructuradas con empresarios del sector, a manera de ejemplo: a F , que es desarrollador mayoritario de *software* para una pequeña empresa productora en Colombia,¹²⁴ denominada G (sociedad comercial que tiene por socios a F , S y E); G a su vez tiene un *software* para controlar el proceso de producción denominado Y , que distribuye a diferentes empresas de distintos sectores productivos, llevando a cabo en ocasiones desarrollos conforme a los procesos productivos propios de cada industria. La industria X del sector del calzado, contrata a G , adquiriendo licencias de su *software* “ Y ” y solicitando un desarrollo a la medida, para que lleve a cabo el control de procesos de instalación de las suelas. El desarrollo es efectivamente realizado por F , quien estuvo eventualmente ayudado en algunos módulos por empleados de la compañía G , que en general fungió como directora de la obra. Se hace entrega del desarrollo en la versión 1.01 del *software* Y , entregado a X .

Si bien X puede prever la posibilidad de que sus secretos industriales y sus técnicas o procedimientos para la producción de suelas pueden quedar en manos de otros al revelarlos para la instalación en el *software*, y en consecuencia proponer estructurar cláusulas para la protección de su propiedad inmaterial, generando prohibiciones o restricciones contractuales a la utilización de estos conocimientos; al amparo de las estructuras normativas existentes, podrían presentarse las siguientes situaciones:

- a. Que F , como autor moral de la obra de los derechos de autor del *software*, podría utilizar los “desarrollos” o líneas de código utilizados para la realización del desarrollo destinado a favor de Y , para la producción de otro *software* competidor o paralelo de Y , en el que se utilicen los conocimientos y técnica de X para producir beneficio a F , con el agravante de que F no puede plagiarse a sí mismo, y que el nuevo producto informático, llamémoslo Y_N , puede ser presentado en el mercado bajo otra marca, con otra interfaz usuario y prestando servicios a empresas de sectores diferentes a la de X , como por ejemplo, “un *software* de producción que resuelve los problemas del sector textil”.

124 Lo que quiere decir que la mayoría de las líneas de código de los programas ha sido desarrollada por él.

- b. Que en la liquidación de la compañía G se adjudiquen derechos sobre el software a S, E y F, o acuerden registrar el mismo como obra conjunta previa a esta liquidación, para que las tres partes puedan llevar a cabo apropiación sobre el mismo. Producto de esta escisión nacerían los productos que denominaremos SYN, EYN y FNY.
- c. Que no pueda entenderse a F como titular de los derechos morales, sino como mero colaborador en el desarrollo, y que recaiga la titularidad sobre la compañía G (al amparo de una interpretación posible de los arts. 19, 83 y 92 de la Ley 23 de 1982), que en cualquier evento de liquidación podría generar multiplicidad del producto base para el surgimiento de los programas SYN, EYN y FYN.

Surgiría como preguntas si ¿sería viable pensar en una vulneración de parte de quienes poseen unos derechos morales que por sus características propias son “inalienables, e irrenunciables”?; ¿significaría esto una vulneración directa a las estructuraciones contractuales de prevención de transferencia del conocimiento?

Si se observa desde la perspectiva de los derechos estructurados por la Decisión 351 de la CAN, la ley 23 de 1982 y el Convenio de Berna (art. 6 bis), el derecho a la protección moral de la obra no solo tiene por implicación, como expresamente lo menciona la norma, la protección frente a situaciones de mutilación, desconocimiento de derechos del autor o transformaciones de la misma, sino también la imposibilidad de que se considere que incurrió en plagio quien cita su propia obra en otra obra diferente, en la medida que está ejerciendo derechos que le son inalienables, irrenunciables, perpetuos e imprescriptibles, al menos en el sistema continental de protección a formas de expresión.¹²⁵

Esto naturalmente tiene sus detractores, quienes consideran que existe la forma de vulneración a los derechos de autor denominada “autoplagio”, aunque es una posición mínima —pues se trata de circunstancias diferentes—, la protección a la vulneración de un contrato por medio de prácticas que violentarían el derecho de la competencia, la buena fe comercial; como por ejemplo, aquellas en las cuales

125 En el sistema anglosajón del *copyright* no existe esta situación.

se reproduce con plenitud el texto del propio autor en una obra nueva sin advertir esto y con ganancias económicas.

Pero en el mercado del *software* ocurre algo similar a lo que acontece con el literario: Carl Sagan no se autoplaga cuando integra a otro libro o construye un párrafo exactamente similar a otro de sus textos,¹²⁶ sin advertir que está integrado a ese primer texto, cuando la obra en sí constituye una forma de expresión original y auténtica.

Supongamos que los productos SYN, EYN, FYN, son sustancialmente distintos por los diferentes desarrollos e informaciones adheridas de parte de sus diseñadores, quienes tomaron por base el software original Y. Existiría titularidad de derechos morales de autor por autores diferentes, en las cuatro obras, SYN, EYN, FYN, así como en Y, siendo inviable predicar el autoplagio en la medida que la obra originaria es diferente de las derivadas y que las derivadas son diferentes entre sí, pese a compartir líneas de código similares.

En algunos ordenamientos jurídicos, como el francés por ejemplo, para casos como el anterior surge la figura de la obra compuesta, en la cual no se requiere necesariamente la aquiescencia del primer titular de derechos patrimoniales, con los subsiguientes intervinientes en la actualización (desarrollo) necesaria de la obra, por lo cual surgiría este tipo especial de apropiación. De acuerdo con algunos autores, esta forma de propiedad podría surgir al amparo del art. 1 de la Ley 23 de 1982, en la medida que abre la posibilidad a la aplicación de las normas de comunidad de bienes del Código Civil a un bien inmaterial o del intelecto.¹²⁷

Ahora bien, la estructuración de una propuesta contractual orientada a limitar la posibilidad de utilizar los desarrollos “a la medida” o por solicitud de Z, no produce significativos efectos en materia de capacidad real de exclusión por varias razones:

- a. G puede disponer de sus derechos patrimoniales como a bien lo tenga, pero los derechos morales no son renunciables por parte de F, o de los titulares si se trata de una obra conjunta.

126 Una observación personal del autor, que puede estar errada, es que en la obra de Carl Sagan puede advertirse cómo algunos párrafos o textos capítulos de sus obras se repiten en otras con gran similitud.

127 Cfr. Rengifo, 1997: 147.

- b. Este tipo de protección no puede ser otorgada por la ley, porque se asemejaría a un monopolio sobre una idea que puede ser desarrollada paralela o independientemente por cualquier otro competidor o desarrollador de *software* y expresada en otros algoritmos de programación, en otros lenguajes o en programas diferentes; por lo que no habría lugar a atacar la utilización de estos procedimientos.
- c. De no protegerse la forma de resolver los problemas y remarcarse la protección sobre los códigos fuentes diseñados para una solución del contrato, respetando lo advertido anteriormente, la protección se hace de todos modos inocua, pues bastaría que el programador utilice un convertidor del lenguaje de programación para que el *software* diseñado sobre un lenguaje determinado quedara en otro; lo que en lenguaje máquina también afectaría las secuencias binarias, tratándose de un producto similar, pero no constitutivo exactamente de un plagio.

En este orden de idea, bajo las estructuras normativas vigentes en Colombia, las formas de exclusión a la apropiación en un fenómeno de juego de agencia por parte de la compañía productora de *software*, con las técnicas, soluciones o ideas otorgadas por sus contratantes para el desarrollo de *software* a la medida, afectan la distribución, inclinando la balanza en todos los casos a favor de los diseñadores, en atención a los llamados “derechos morales”; lo que no ocurriría verbigracia en el marco de los *copyright*, donde los convenios de apropiación intelectual, por ejemplo del cliente sobre el desarrollo llevado a cabo por el diseñador, produce un efecto práctico más extenso en la medida que no existe una irrenunciabilidad moral de la obra.

En muchos de los contratos estudiados se observan situaciones en las que se suscriben cláusulas que transfieren la propiedad intelectual de los programas de computación a quienes encargan el diseño, sin que esta situación evada el riesgo moral originado por la estructura legal propia de nuestro sistema jurídico.¹²⁸

128 Cfr. Fichaje de contratos recolectados y documentos de contratación recolectada en proceso de investigación. Ficha Nro. 9, contrato Así puede apreciarse en el contrato de “Diseño de un sistema de gestión de información y conocimiento”. Suministrado por la Unidad de Planeación Minero Energética del Ministerio de Minas y Energía de Colombia. (Num. 1.23).

Otros contratos más sofisticados y que reconocen el efecto de asignación de derechos de propiedad llevada a cabo con el encajamiento del *software* en el sistema de derechos de autor, proponen, no la apropiación por parte del cliente, sino la imposibilidad de imponer cualquier acuerdo de confidencialidad contra el contratista, y la posibilidad de ejercer labores de supervisión.¹²⁹

En otros, simplemente se aborda simplemente la propiedad de los derechos de tipo patrimonial en cabeza del contratante, sin tener en cuenta los efectos de una titularidad moral de los derechos por parte de la compañía contratista y sin efectuar mecanismos de compensación por el daño eventual, posiblemente por la condición de los contratantes.¹³⁰

129 Esto puede observarse, por ejemplo, en la carpeta compartida de Dropbox: “Proceso de contratación Nro. 217-00-acofac-ditin-2007”. Suministrado por la Fuerza Aérea Colombiana (cláusula octava).

130 Ficha Nro. 41. Contrato 4. Suministrado por el SENA. Contratante: SENA. Contratista: (propuesta en proceso). Cláusula tercera literal k.

4. LOS CONTRATOS: SITUACIONES GENERADAS POR LA NORMATIVA DE DERECHOS MORALES



“Considerar que la creación de secretos es buena porque protege los derechos de los que inventan es ridículo, pues equivale a afirmar que jugar a las cartas es moral porque tenemos derecho a mentir. En realidad, las dos son costumbres corruptas que toleramos porque son necesarias.

Laughlin; 2008: 54

Sin significar un juicio de pertinencia o no de la normativa de Derechos de Autor aplicada a los programas informáticos, es útil plantear varias situaciones complejas que generan dichos constructos legales cuando están actuando sobre un intangible informático e identificándolo como forma de expresión.

4.1 OBJETO DE PROTECCIÓN DIFERENTE

A diferencia del *software*, la obra del espíritu tradicional normalmente no tiene la condición de ser evolutiva (estar cambiando constantemente), de tener doble dimensión (dimensión fuente y dimensión aplicativa), o de poder ser utilizada como base para la fabricación de otras obras (caso de los programas administradores de “lenguajes de programación”), o de ser custodios de otras obras o derechos sometidos a derechos de autor (caso de los programas en conexión con las bases de datos o de los archivos de extensión compatible).

La configuración de las cláusulas observadas atinentes a derechos morales revelan situaciones donde los derechos de autor pueden, aunque no sea la voluntad del legislador, generar situaciones patrimoniales desde la dimensión de los derechos morales, especialmente para el *software*. En efecto, de los once contratos reunidos en los cuales a través del clausulado se hace alguna alusión a elementos morales de

los derechos de autor en cualquiera de sus emanaciones (divulgación, paternidad, integridad, modificación, arrepentimiento),¹³¹ las disposiciones tienen clara importancia por las consecuencias que implican en las relaciones económicas (no sobra advertir que nueve de los contratos que contienen alusiones a este tipo de situaciones tienen directamente origen en los productores del *software* como principales). Algunas disposiciones ilustran la idea en cuestión:

- a. En el contrato del Servicio de Aprendizaje Nacional (Sena), con Jorge Eliécer Cruz Gélvez (Contrato Nro. 004 F 41):

TERCERA. CONDICIONES ESPECIALES. En la elaboración de los productos objeto del presente contrato, el proponente tendrá en cuenta las siguientes condiciones especiales: [...] k) Los derechos patrimoniales de autor de todos los productos del presente contrato serán de propiedad del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA. En las publicaciones se dará el respectivo reconocimiento de los derechos morales de autor...”¹³²

- b. En el documento del –Centro de Apoyo a la Tecnología Informática-Cati: (“Condiciones para la ejecución de proyectos de investigación, desarrollo tecnológico e innovación en las modalidades de cofinanciación 2.003” – F 73):

Se estiman tres Derechos Intelectuales

a. **Derechos Patrimoniales:** Son propiedad 100% de la entidad beneficiaria,

b. **Morales :** Son de quien los elabora

c. **Derechos Intelectuales:** Corresponden a los tres entes participantes.¹³³

- c. En el contrato de suministro de G. & S. Integro Ltda. (una categoría de contrato de diseño o de readecuación de dicha compañía denominado “Contrato de Suministro de Servicios” F 89):

131 Véase el apartado 1.2 de este trabajo. Los once contratos a los cuales se hace alusión pueden ser vistos en el fichaje del trabajo de investigación, correspondientes a la siguiente relación de elementos numerados: F 41, F 73, F 75, F 76, F 90, F 91, F 105, F 106, F 122, F 127, F 132. ARENAS CORREA, José David. Material auxiliar investigación *Estrategias de autorregulación en bienes intangibles: el caso del software*. Material en medios digitales, Fuentes primarias que acompañan el informe final de investigación. Matriz universal de fichaje, archivo de extensión xls. en fichero de Dropbox anexo a este contrato.

132 Se agregó el subrayado.

133 Documento obrante en el fichaje suministrado en carpeta compartida en Dropbox.

SÉPTIMA. PROPIEDAD INTELECTUAL. EL PRESTATARIO-PROVEEDOR reconoce la propiedad intelectual de G. & S. INTEGRO LTDA. sobre todo software producido por la compañía o sus dependientes y de los códigos fuente de dichos programas; obligándose a no transferir, transmitir, facilitar el uso o la explotación a terceros no autorizados por EL CONTRATANTE, copiar, divulgar, usufructuar, ceder o entregar bajo cualquier título y/o modalidad los códigos fuente o la totalidad de los productos software desarrollados por el contratante o sus dependientes, así como no llevar a cabo alteraciones sobre el mismo con el fin de crear productos en apariencia distintos, so pena de incurrir en la sanción establecida en la cláusula quinta.

Igualmente reconoce la propiedad intelectual de G. & S. INTEGRO LTDA. sobre cualquier desarrollo realizado sobre los productos en virtud de las obligaciones contenidas en el presente contrato.¹³⁴

d. *En el contrato de Microsoft (“Términos de licencia del software de Microsoft-Microsoft Windows Malicious Software Removal Tool”, F 92):*

3. ALCANCE DE LA LICENCIA. El software se cede bajo licencia y no es objeto de venta. El presente contrato sólo le otorga algunos derechos de uso del software. Microsoft se reserva todos los demás derechos. A menos que la legislación aplicable le otorgue más derechos a pesar de esta limitación, usted sólo podrá utilizar el software tal como lo autoriza expresamente el presente contrato. Al hacerlo, deberá ajustarse a las limitaciones técnicas del software que sólo permiten utilizarlo de determinadas formas.¹³⁵

e. *En el contrato de Certicámara (“Condiciones generales que rigen el uso del software de la Sociedad Comercial de Certificación Digital Certicámaras S.A.”, F 132):*

Uso del SOFTWARE: Este SOFTWARE se entrega para uso personal. Usted sólo puede instalar el SOFTWARE en los computadores que CERTICÁMARA le indique o autorice, y darle al SOFTWARE aquellos usos que se desprendan naturalmente de sus características, absteniéndose de cualquier uso que vaya en contra de los términos establecidos en la presente licencia. Salvo que expresamente se autorice

134 De igual forma ocurre en la cláusula séptima del contrato en la ficha Nro. F 122, carpeta compartida en Dropbox. Se agregó el subrayado.

135 Se agregó el subrayado.

a través de documento suscrito por CERTICÁMARA, usted deberá especial, pero no exclusivamente, abstenerse de:

- a) Alterar o modificar el SOFTWARE, en todo o en parte, o permitir que terceras personas lo hagan.
- b) Realizar ingeniería reversa, decompilar [sic], desensamblar o realizar cualquier tipo de acción tendiente a conocer o descifrar el código fuente u otra información relevante respecto del SOFTWARE.
- c) Reproducir el SOFTWARE.
- d) Transferir, sea a título oneroso o gratuito, ceder o negociar los derechos otorgados por el contrato o la presente licencia. La presente licencia se entiende intransferible.
- e) Permitir que terceras personas se beneficien de o utilicen, directa o indirectamente, el SOFTWARE.
- f) Explotar económicamente en cualquier forma el SOFTWARE.
- g) Usar el SOFTWARE en sistemas informáticos cuyo erróneo funcionamiento pueda ocasionar la muerte o lesión física de alguna persona.¹³⁶

Como puede verse en todos los anteriores casos utilizados para ejemplificar técnicas de regulación contractual donde el aspecto moral tiene alguna consecuencia económica, se utiliza una técnica de redacción contractual ambigua dados los limitantes que imponen las características de los derechos morales de autor (irrenunciables, imprescriptibles, inembargables, inalienables, perpetuos), posiblemente buscando cuando menos una efectividad simbólica del contrato, máxime cuando la compañía productora o fabricante, por oposición al desarrollador de líneas de código, tiene conocimiento de las consecuencias de la autoría moral. En el caso c por ejemplo (G. & S. Integro Ltda.), en toda una farragosa relación que únicamente puede tocar legítimamente los derechos patrimoniales, se establece que no pueden hacerse alteraciones sobre el *software* con el fin de crear productos en apariencia distintos, lo que no es otra cosa que una situación de autoplagio tratándose de un dependiente que adelanta un desarrollo que pretende aprovechar para el servicio “en apariencia distinto”,

136 Se agregó el subrayado.

lo que podría entenderse como una vulneración al derecho de modificación de la obra.

Tomando las características de los derechos morales, la respuesta tendría que ser simplemente que no es posible dadas sus características. Pese a ello, habría que tener en cuenta reglas de derecho como la proscripción de conductas de competencia desleal y las prohibiciones generales que la normativa de la materia trae para estas, así como también el hecho de que el derecho de modificación trae como consecuencia el deber de indemnizar a los distribuidores involucrados y afectados. Por lo que la propuesta de la imposibilidad de “llevar alteraciones...” atada a “con el fin de crear productos en apariencia distintos”, se constituye en un mecanismo contractual que busca neutralizar absolutos establecidos para el marco de las facultades morales.

Lo mismo ocurre con las disposiciones subrayadas en los literales d y e, en donde si bien no se hace una alusión directa a la titularidad de los derechos morales, las afirmaciones corresponden a situaciones frente a derechos que en ocasiones tendrían el carácter de morales. Pese a lo anterior, con la advertencia del carácter internacional de uno de tales contratos, producido al amparo del sistema de *copyright* en el cual prácticamente es inexistente la idea de derecho moral sobre la obra, por lo cual puede no tener un fin estratégico sino obedecer a una afirmación que debidamente contextualizada se compadece con el sistema jurídico desde el que se ha creado el producto. En lo que respecta al caso nacional (Certicámaras), podría tenerse en cuenta que pese a que se efectúan proscripciones sobre temas atinentes a derechos morales, las cláusulas no adolecen de vicio alguno, pues son proscripciones a usuarios y no a los diseñadores originales (caso diferente a la del num. 4 en un contrato donde la estipulación contractual está dirigida directamente a los desarrolladores del *software*).

En el caso de la cita del lit. b, contrato producido por el Cati, se establecen tres tipos de derechos, incluyendo una categoría que en realidad constituye un género de los anteriores dos derechos, la de derechos intelectuales, lo que demuestra una estrategia bajo un sistema que impide la apropiación absoluta de la titularidad moral por un tercero no creador, que tiene por objeto, al amparo de la supuesta

propiedad intelectual en cabeza de Cati, obtener beneficios de tipo moral que por las posiciones contractuales originales le estarían vedados.

En el caso del ítem a se establece una cláusula que da por sentado que prácticamente el único derecho moral de autor viable en materia de *software* es la reivindicación de la paternidad de la obra, lo que coincide con las posturas dogmáticas que pretenden imponer dicha interpretación normativa desprendiéndose directamente del contenido del ordenamiento jurídico en cuanto a que no determina nada diferente a la aplicabilidad de la protección de derechos de autor en los productos informáticos, sin más distinciones.¹³⁷

4.2 TRANSFERENCIA PRÁCTICA DE DERECHOS GLOBALES SOBRE SOPORTE LÓGICO: INVIABILIDAD DE LOS DERECHOS MORALES EN MATERIA DE SOFTWARE

El problema de la inviabilidad de los derechos morales en materia de *software* deriva de los altos costos de transacción que el sistema convencional de derechos morales impone a los partícipes de operaciones sobre soporte lógico en el evento de aplicarse a plenitud la normativa correspondiente a las obras literarias.

En efecto, de acuerdo con algunos autores,¹³⁸ en una interpretación de la normativa existente se hace demasiado difícil aplicar a plenitud las instituciones y figuras de protección que implican los derechos morales en conexión con el alcance que estos tienen bajo el sistema nacional vigente.

Se ha recurrido entonces al art. 20 de la ley 23 de 1982, que no explica satisfactoriamente todas las situaciones en las que existe o es concurrente el interés en transferir también derechos morales, como cuando, por ejemplo, la obra

137 En este orden de idea y bajo el canon de interpretación consistente en que no le es lícito al intérprete distinguir cuando el legislador no lo hace, afirmamos que la estructura jurídico-normativa colombiana impone la aplicación de unos derechos morales que generan ineficiencias en el marco de la regulación del *software*. Visualizar desde las soluciones dogmáticas la “solución” a un problema que arroja perplejidad no necesariamente produce efectos prácticos si la fuente de derecho que lo genera permanece inalterada.

138 Cfr. Rengifo, 1997: cap. VI.

se realiza sin subordinación ni dependencia, con el mero deber de su entrega a satisfacción a los solicitantes.

A continuación se presenta una serie de situaciones de costos prohibitivos que generaría la aplicación de los derechos morales a productos como el *software* (que en algunos casos también se aplicaría a otro tipo de productos del intelecto, como las bases de datos).

4.2.1 Imposibilidad del derecho de arrepentimiento

No se observa con claridad en qué forma pueda ser viable llevar a la práctica el derecho de arrepentimiento para el caso del *software* producido en colaboración; esto porque si un colaborador de la producción de un soporte lógico inopinadamente pretendiera retirar su aporte a la obra, daría lugar a situaciones que paralizarían o, al menos, harían impráctico —con un inmenso daño al consumidor y al empresario que invirtió en sus servicios— cualquier esquema de seguridad de legalidad en la autorización de un programa licenciado.

Por otro lado, el ejercicio del derecho de arrepentimiento tendría lugar en el caso, por ejemplo, del *software* estándar, con un alto grado de imposible individualización o cumplimiento pleno de las indemnizaciones a que debería haber lugar.

Puede observarse cómo ciertas contrataciones con los desarrolladores de *software* proponen estructuras contractuales que de una u otra manera buscan restringir la posibilidad de una futura disposición o arrepentimiento de los desarrolladores (ingenieros):

“SÉPTIMA. PROPIEDAD INTELECTUAL. EL PRESTATARIO-PROVEEDOR reconoce la propiedad intelectual de G. & S. INTEGRO LTDA. sobre todo software producido por la compañía o sus dependientes y de los códigos fuente de dichos programas; obligándose a no transferir, transmitir, facilitar el uso o la explotación a terceros no autorizados por EL CONTRATANTE, copiar, divulgar, usufructuar, ceder o entregar bajo cualquier título y/o modalidad los códigos fuente o la totalidad de los productos software desarrollados por EL CONTRATANTE o sus dependientes, así como no llevar a cabo alteraciones sobre el mismo con el fin de crear productos en apariencia distintos, so pena de incurrir en la sanción establecida en la cláusula quinta.

Igualmente reconoce la propiedad intelectual de G. & S. INTEGRAL LTDA. sobre cualquier desarrollo realizado sobre los productos en virtud de las obligaciones contenidas en el presente contrato.¹³⁹

4.2.2 Imposibilidad del derecho a conservar íntegra la obra

Vulneraría cualquier viable explotación económica de la obra informática, que la misma estuviese supeditada a la potestad de su autor-persona natural, de conservar íntegra la obra. Esto significaría que muchos aspectos del trabajo informático deberían quedar supeditados a la voluntad de los autores y no de los usuarios o “clientes” del producto, así como tampoco de las propias compañías fabricantes, que se encuentran en una mejor posición para determinar con qué funcionalidades debe publicarse una obra de este tipo para que produzca una óptima relación costo-beneficio.

La existencia de este derecho moral —en una racionalidad económica implícita u oculta— conlleva a considerar más necesaria la existencia de figuras adicionales correspondientes a la protección de obras colectivas, como la autoría consecutiva, colectiva propiamente dicha, o la compuesta, como ha sido denominada en el ordenamiento jurídico francés.

Otro aspecto fundamental de este problema estriba en que la justificación basada en la conexión creativa, espiritual, inmaterial, entre la personalidad del creador y su obra se diluye en un producto elaborado con el propósito de resolver problemas frente a sus usuarios y que no necesariamente significan una proyección de la personalidad de sus autores-personas naturales fabricantes de líneas de código de las fuentes del *software* correspondiente.

Por otro lado, las restricciones a los derechos a impedir transformaciones, como la que aparece en el art. 27 de la Decisión 351 de la CAN, constituyen otro límite para la realización plena de este derecho moral en materia informática.

139 Cfr. Contrato analizado en Ficha Nro. F 80. ARENAS CORREA, José David. Material auxiliar investigación *Estrategias de auto regulación en bienes intangibles: el caso del software*. Material en medios digitales, Fuentes primarias que acompañan el informe final de investigación. Matriz universal de fichaje, archivo de extensión xls. en carpeta de Dropbox cuyo enlace fue suministrado previamente en este texto.

4.2.3 Inviabilidad de acciones de responsabilidad civil

Tomando en cuenta el comportamiento contractual verificado en el caudal de los contratos acopiados, en donde se encuentra una cláusula constante y recurrente de exclusión de responsabilidad por defectos del *software*, tomando el mismo como un producto,¹⁴⁰ es innegable que la idea continental y el legado especialmente francés de relación íntima entre la obra y el autor, así como de un lazo espiritual que significa un principio de partida para la protección de la normativa de derechos de autor se ve, cuando menos, desnaturalizada a la luz de la necesidad constante de regular los límites de la responsabilidad que el *software* como producto puede generar a los fabricantes.

Esta situación pone sobre la mesa el cuestionamiento a la obra informática como expresión de la personalidad de sus autores, y al sistema de creencias e instituciones jurídicas que se fabricaron para proteger en estos casos concretos la llamada autoría moral.

En efecto, una situación desnaturalizada en el escenario de las obras literarias sería la demanda de los lectores al escritor por “fallas” en su creación artística o por “defectos” de su obra, lo que sería un real sinsentido en el marco del “consumidor” del producto literario, y quizás tenga un símil en la relación del contratante de la

140 Ejemplo de esto fueron hallados en las cláusulas de limitación de responsabilidad o alusivas a la responsabilidad de producto, contenidas en las fichas Nros. 26, 32, 33, 36, 37, 38, 39, 43, 44, 50, 51, 129, etc., correspondientes a contratos “Prestación de los servicios de soporte y actualización del sistema tributario impuestos plus sobre base de datos...” (fuente: Municipio de tulúa; “Contrato para el usuario final de Office Update” (fuente: Microsoft); “Contrato complementario para licencia de usuario final” (fuente: Microsoft); “Contrato Complementario para licencia de usuario final windows xp.sp2” (fuente: Microsoft); “Contrato Complementario de CLUF del componente de software de Microsoft” (fuente: Microsoft), caso en el cual en lugar de generar situaciones sustantivas de limitación de la responsabilidad, se limita el monto de los daños posibles a los que puede ser sometida la compañía informática. “GNU General Public License” (fuente: free Software Foundation); “Contrato de licencia de uso-mantenimiento de software y servicio líneas a y e suscrito entre el Depósito Centralizado de Valores de Colombia Deceval S.A.y ...”, cls. 8 y 9 (fuente: DECEVAL); “Contrato de Arrendamiento de Software ASP en formato WEB” (fuente: Destino Caribe S.A., contratista: Zona Virtual S.A.); “Contrato para la administración del sistema de reservaciones HotelRed Global” (fuente: A Lugares y Destinos Mayoristas de Turismo S.A., contratista: SABRE LLC); “Contrato de Afiliación a la Central de Información Financiera” (fuente: Arawak Mendihuaca S.A., contratista: Cifin); “Contrato de licenciamiento de uso de software entre la Universidad Eafit y ...” (fuente: Universidad Eafit); “Contrato de licencia para el usuario final” (fuente: Sonic Solutions), etc. Los casos señalados se consideran representativos de la situación de cláusulas de responsabilidad que se encuentra como concurrente de manera habitual y que fueron identificadas en 44 contratos correspondientes al 32,35% de la muestra.

obra por encargo y el escritor, cuando el primero no es satisfecho en aspectos de la obra encargada al segundo.

Las situaciones del soporte lógico no son necesariamente por encargo, sino que en muchas ocasiones corresponden a la fabricación de un producto informático estándar que es llevado al mercado por el fabricante (como por ejemplo, el procesador de texto sobre el cual se escribió este libro). Dichas obras no buscan constituirse en la forma de expresión artística, literaria o científica sino en un producto, si se quiere, industrial. Dicho producto no guarda conexiones morales o íntimas con el autor y no amerita tal clase de producción. La presencia habitual de cláusulas de limitación de responsabilidad por defectos, vicios o daños causados por el *software*, es indicativo del entendimiento que se ha producido en el mercado en este sentido.

4.3 ALCANCE DE LA PROTECCIÓN, Y EL VERDADERO PLAGIO

El *software* se presenta como producto que generalmente tiene expresión en interfaz gráfica para su interacción con los usuarios, o como soporte lógico que se presenta en modalidad multimedia, mezclando en muchas ocasiones otros elementos también sometidos a la protección que brinda la normativa de derechos de autor; por ejemplo, la música, las ilustraciones, las fotografías, el video, las grabaciones de voz y los contenidos escritos. Tales elementos, que de forma paralela o independiente podrían encontrarse protegidos, generan interrogante sobre cuáles son los componentes del *software* que se protegen o son amparados bajo el sistema de derechos de propiedad intelectual en materia de obras, así como si dicha protección tiene escenarios paralelos, o si por el contrario de la protección del código fuente emanaría la protección de todos los aspectos de interfaz y de multimedia del sistema lógico.

Por otro lado, elementos no visibles, que se encuentran en lenguaje máquina (códigos binarios en álgebra booleana), de una forma u otra terminan reflejando las composiciones que sobre los códigos fuentes efectuaron los autores del programa informático; cabe preguntarse si tales impulsos eléctricos (positivos o

negativos, reflejados en los números uno o cero, carga positiva o negativa en los microcircuitos o en los medios de almacenamiento del equipo informático, que terminan proyectándose en extensas secuencias de códigos binarios), pueden ser “plagiados” o no, y si quedan de alguna manera en el ámbito de protección que implica el registro de un programa de computación.

4.3.1 Protección de la interfaz (incluyendo los elementos visuales y multimedia)

En el caso del contrato de Sonic Solutions¹⁴¹ para el licenciamiento de *software* para reproducción y manipulación de archivos multimedia Easy CD Creator, Easy CD & DVD Creator, Roxio Easy Media Creator, WinOnCD, RecordNow!, Popcorn o Toast de manera muy clara se introduce en el num. 3 lit. (e) del contrato:

El siguiente enunciado le atañe si Usted es otorgante [sic] de licencia de cualquier producto Easy CD & DVD Creator, Roxio Easy Media Creator, WinOnCD, PhotoSuite o VideoWave: Usted podrá, con sujeción a las restricciones establecidas más adelante, incorporar cualquier imagen prediseñada y fotográfica de terceros (denominadas “Imágenes”) en su propia obra original, y publicar, exhibir y distribuir dicha obra en cualquier medio. Sin embargo, no podrá revender, ceder bajo sublicencia o dejar disponible de algún otro modo las Imágenes para el uso o distribución en forma independiente o separada del producto o página Web. Por ejemplo, las Imágenes se pueden utilizar como parte del diseño de una página Web, pero no se pueden dejar disponibles para descargarlas en forma independiente o en un formato diseñado para el almacenamiento permanente ni para su reutilización por parte de terceros. Del mismo modo, se podrán entregar estas Imágenes (incluyendo archivos digitales) a clientes como parte integral de una obra, pero no se les podrán entregar las Imágenes ni permitir que las usen de manera independiente ni como parte de ningún otro producto. Usted también puede, con sujeción a las restricciones establecidas a continuación, hacer una (1) copia de las Imágenes para fines de respaldo o almacenamiento. No puede crear obras escandalosas, obscenas, difamatorias o inmorales utilizando las Imágenes, ni usarlas para otros fines prohibidos por la ley. No puede usar ni permitir el uso de las Imágenes ni ninguna de sus partes como marca comercial o de servicio, ni reclamar ningún derecho de propiedad de ningún tipo por las Imágenes ni ninguna de sus partes. Tampoco podrá usar las Imágenes en formato electrónico, aplicaciones en línea o multimedia, a

141 Cfr. F 51 de carpeta compartida en Dropbox para este texto.

menos que las Imágenes se incorporen sólo para fines de visualización y tampoco se otorga permiso para descargarlas ni guardarlas, cualquiera sea la razón para ello. No puede alquilar, arrendar, ceder bajo sublicencia ni prestar las imágenes o alguna de sus copias, a otra persona o entidad legal. Sin embargo, podrá transferir toda su licencia para usar las imágenes a otra persona o entidad legal, siempre que (i) sea usted quien transfiera a dicha persona o entidad las imágenes y esta licencia, incluyendo todas las copias (excepto las copias incorporadas en su obra según lo permita este Contrato), (ii) usted no conserve ninguna copia, incluyendo las que estén almacenadas en un ordenador u otro dispositivo de almacenamiento, y (iii) la parte receptora acepte acatar los términos y condiciones de este Contrato. Usted sólo puede usar las imágenes del modo que lo permite expresamente esta Licencia. No podrá usar las imágenes que guarden relación con individuos, productos o entidades identificables, de manera que sugiera su asociación o endoso de cualquier producto o servicio a menos que lo establezca claramente por escrito, en una declaración que indique que en el caso de un producto individual o reconocible, la persona/producto se utiliza sólo para fines ilustrativos.¹⁴²

La anterior no es la única situación de autorregulaciones vía contratos en las que al licenciatarario se le advierte sobre otras formas de apropiación diferentes al *software* (caso de las imágenes), por parte de los licenciantes. Por ejemplo en el contrato utilizado por la sociedad Litigio Virtual S.A.S., se estableció incluso mención a la simultánea existencia de un signo distintivo (marca), que identifica a una obra informática registrada, que a su vez contiene elementos literarios o visuales susceptibles de protección:

DERECHOS DE AUTOR: Litigiovirtual.com S.A.S, su signo distintivo y su lema, corresponde a una obra literaria registrada ante la oficina de Derechos de autor.

Los derechos de autor sobre páginas, imágenes, iconos, porciones de audio, descargas digitales, software y en general todo lo que aparece en pantalla, así como sobre la información y el material contenido en las mismas, es propiedad exclusiva de Litigiovirtual.com S.A.S. Los usuarios no pueden suprimir o vender el contenido. El usuario puede utilizar el material contenido en nuestra página para su uso personal. La infracción a lo aquí dispuesto, puede ser objeto de sanciones penales y de responsabilidad civil por los daños que se causen.¹⁴³

142 Cfr. Ficha Nro. 51. “Contrato de licencia para el usuario final” (fuente: SONIC SOLUTIONSSonic Solutions).

143 Cfr. Ficha Nro. 102. En carpeta compartida en Dropbox, que contiene relación a fuentes de primer nivel. “Condiciones generales y políticas de uso de notificaciones en línea en litigiovirtual.com S.A.S. (Fuente: Litigio Virtual).

Por otro lado, en los contratos masa internacionales utilizados por Microsoft es visible como se advierte la coexistencia de un licenciamiento para los elementos multimedia y las plantillas de los sistemas informáticos proporcionados, sometidos a sus propias reglas de aplicación:

1.2 Concesión de licencia para Elementos Multimedia. El Software puede incluir determinadas fotografías, imágenes prediseñadas, formas, animaciones, sonidos, clips de música y de vídeo que se identifican en el Software para su uso (colectivamente, “Elementos Multimedia”). Usted puede copiar y modificar estos Elementos Multimedia, y otorgar licencia de ellos, mostrarlos y distribuirlos junto con sus modificaciones como parte de sus productos y servicios de software, incluyendo sus sitios web, pero no se le otorga licencia para hacer nada de lo siguiente:

- Usted no puede vender, conceder en licencia ni distribuir copias de los Elementos Multimedia de forma independiente ni como parte de ninguna colección, producto o servicio si el valor principal del producto o servicio está en los Elementos Multimedia.
- Usted no puede conceder a los clientes de su producto o servicio derecho alguno a otorgar licencia o distribuir los Elementos Multimedia.
- Usted no puede otorgar licencia ni distribuir ninguno de los Elementos Multimedia que incluyan manifestaciones de individuos, gobiernos, logotipos, iniciales, emblemas, marcas comerciales o personas jurídicas identificables para ningún propósito comercial ni para expresar o implicar su recomendación o asociación con un producto, servicio, persona jurídica o actividad.
- Usted no puede crear, utilizando los Elementos Multimedia, obras obscenas ni escandalosas, como se definen en la legislación federal en el momento en que se cree la obra.

Además, usted deberá (a) indemnizar y defender a Microsoft frente a y contra toda reclamación o pleito, incluidos los honorarios de abogados, que pudiera surgir del otorgamiento de licencia, uso o distribución de los Elementos Multimedia tal como usted los ha modificado y (b) incluir un aviso válido de derechos de propiedad intelectual en sus productos y servicios que incluyan los Elementos multimedia.

1.3 Concesión de licencia para plantillas. El Software puede incluir plantillas de documentos. Usted puede copiar y modificar las plantillas de documento disponibles como parte del Software y distribuir las junto con sus modificaciones para que otros licenciatarios de un Producto de Software las utilicen, pero sólo para correspondencia personal o comercial que implique la comunicación persona-a-persona. A usted no se le concede licencia para realizar ninguna de las siguientes acciones:

- Usted no podrá vender, revender ni conceder en licencia las plantillas, así como no dar las plantillas en alquiler o arrendamiento, ni transmitir las de cualquier otro modo a cambio de un valor.
- Usted no podrá distribuir las plantillas como parte de ningún producto o servicio.
- Usted no podrá copiar ni publicar ninguna plantilla en ningún equipo de red ni difundirla en ningún medio.¹⁴⁴

Por otro lado, en instrumentos contractuales más complejos, como ofertas comerciales, pudo visualizarse también cómo se estaba escindiendo en el caso del *software* por encargo, en la misma etapa de precontratación, la propiedad inmaterial sobre el *software* o soporte lógico de otros tipos de propiedad intelectual, como la referente a imágenes, material escrito, así como la correspondiente a la propiedad industrial:

El siguiente material es fundamental para el desarrollo del proyecto. Cualquier retraso en su entrega impacta directamente en el cronograma de trabajo.

- Contenidos: en formato Word.
- Logotipos: en formato jpg, ai ó cdr.
- Música y audio (opcional): en formato mp3 preferiblemente (o en su defecto en formato wav).
- Video (opcional): en formato mpg de no más de 1 mega por archivo.
- Fotos y Gráficos: en formato jpg, 72 pixeles de resolución, de no menos de 400x300 o 300x400 píxeles de tamaño aproximadamente. Si no es posible entregar los materiales en formato digital se deberá adicionar a la propuesta el servicio de Scanner que tiene un costo de \$22,500.00 + IVA por imagen que se quiera digitalizar.
- Pautas para el diseño.

Nota: todos los anteriores insumos deberán cumplir con las normas de derechos de autor vigentes. El cliente es el responsable de efectuar la cancelación de dichos derechos. Nodrizza Network S.A. no se hace responsable de cualquier infracción ocasionada por este motivo.

Descripción de las fases del proyecto:

144 Cfr. Ficha 35, en relación de fichaje definitiva obrante en carpeta compartida en Dropbox. “*CLUF relativo a los contenidos online de Microsoft*”. (fuente: Microsoft).

Pre-producción

Recolección e inventario del material suministrado por el cliente.

Elaboración de la interfaz gráfica (se deberán tener reuniones con el cliente para ultimar los aspectos del diseño).

Aprobación de la interfaz por parte del cliente.

Producción de medios.

Edición de la estructura temática.

Entrega del proyecto en versión beta o de prueba.

Post-producción y entrega.

Evaluación de la versión beta por parte del cliente.

Determinación de correcciones. Implementación de correctivos finales.

Entrega definitiva.

Nota:

Con la firma del contrato, se establecerá un cronograma detallado de actividades, aunque inicialmente se estima que el proyecto podrá durar en ejecución dos meses.

No incluye

Traducción de contenidos, producción de audio, video y fotografía, digitalización de gráficos y fotografía (servicio de scanner), derechos de autor sobre contenido publicado en la plataforma, servicio de hosting, registro de dominio (si estos aspectos son necesarios con gusto serán cotizados por aparte), licencias de motores de bases de datos necesarios para la plataforma, soporte técnico y mantenimiento de aplicativos después del periodo de garantía.¹⁴⁵

Como puede observarse en los anteriores casos, los fabricantes, sea en la posición contractual que estuvieren y en la tipología contractual celebrada, plantean como un problema coexistente la autoría sobre las obras informáticas y su correspondiente material también susceptible de protección.

Dicha problematización no es gratuita y obedece a que la manera de plantearse la protección no ha sido clara, ni permite visualizar si el legislador protege los

145 Cfr. F 117, Oferta comercial publicitaria G. & S. Integro Ltda. Dirigida a Nodrizza Network S.A. en carpeta de fichaje suministrada a través de Dropbox.

códigos fuente como forma de expresión o el *software* como resultado global de expresión. En el escenario extranjero este tipo de casos ha sido resuelto en instancia de estrados, como en el caso *Whelan Associates Inc. v. Jaslow Dental Laboratory, Inc.* y otros,¹⁴⁶ en el que se determinó que al presentarse copia de la estructura de presentación y forma de resolver los problemas de administración de laboratorios de odontología, pese a que no se presentara una usurpación de los códigos fuente del programa denominado *Dentcom* de parte de los creadores del programa *Dentalab*, de todas formas la estructura, interfaz y presentación de solución de los problemas tenía ostensiblemente el mismo formato, por lo que se consideró pertinente la aplicación de protección bajo la normativa del *copyright*. En efecto, en dicha decisión se señala:

As this brief summary demonstrates, the coding process is a comparatively small part of programming. By far the larger portion of the expense and difficulty in creating computer programs is attributable to the development of the structure and logic of the program, and to debugging, documentation and maintenance, rather than to the coding. See Frank, *Critical Issues in Software* 22 (1983) (only 20% of the cost of program development goes into coding); Zelkowitz, *Perspective on Software Engineering*, 10 *Computing Surveys* 197-216 (June, 1978). See also *Info World*, Nov. 11, 1985 at 13 (“the ‘look and feel’ of a computer software product often involves much more creativity and often is of greater commercial value than <230 USPQ 487> the program code which implements the product . . .”). The evidence in this case is that Ms. Whelan spent a tremendous amount of time studying Jaslow Labs, organizing the modules and subroutines for the *Dentalab* program, and working out the data arrangements, and a comparatively small amount of time actually coding the *Dentalab* program.

[...]

“It is well, though recently, established that copyright protection extends to a program’s source and object codes. *Stern Elecs., Inc. v. Kaufman*, 669 F.2d 852, 855 n.3, 213 USPQ 443, 444 n.3 (2d Cir. 1982) (source code); *Apple Computer, Inc. v. Franklin Computer Corp.*, 714 F.2d 1240, 1246-47, 219 USPQ 113, 118-19 (3d Cir. 1983) (source and object code), cert. dismissed, 464 U.S. 1033 (1984); *Williams Elecs., Inc. v. Artic International, Inc.*, 685 F.2d 870, 215 USPQ 405 (3d Cir. 1982)

146 U.S. Court of Appeals (Corte de Apelaciones de los Estados Unidos), Third Circuit (Tercer Circuito) August 4, 1986 797 F.2d 1222, 230 USPQ 481.

(object code). In this case, however, the district court did not find any copying of the source or object codes, nor did the plaintiff allege such copying. Rather, the district court held that the Dentalab copyright was infringed because the overall structure of Dentcom was substantially similar to the overall structure of Dentalab. *Whelan Associates v. Jaslow Dental Laboratory*, 609 F.Supp. at 1321-22, 225 USPQ at 166. The question therefore <797 F.2d 1234> arises whether mere similarity in the overall structure of programs can be the basis for a copyright infringement, or, put differently, whether a program's copyright protection covers the structure of the program or only the program's literal elements, i.e., its source and object codes.

Title 17 U.S.C. §102(a)(1) extends copyright protection to "literary works", and computer programs are classified as literary works for the purposes of copyright. See H.R. Rep. No. 1476, 94th Cong., 2d Sess. 54, reprinted in <230 USPQ 489> 1976 U.S. Code Cong. & Ad. News 5659, 5667. The copyrights of other literary works can be infringed even when there is no substantial similarity between the works' literal elements. One can violate the copyright of a play or book by copying its plot or plot devices. See, e.g., *Twentieth Century-Fox Film Corp. v. MCA, Inc.*, 715 F.2d 1327, 1329, 217 USPQ 611, 612 (9th Cir. 1983) (13 alleged distinctive plot similarities between *Battlestar Galactica* and *Star Wars* may be basis for a finding of copyright violation); *Sid & Marty Krofft Television Productions, Inc.*, 562 F.2d at 1167, 196 USPQ at 104 (similarities between McDonaldland characters and H.R. Pufnstuf characters can be established by "total concept and feel"¹⁴⁷ of the two productions (quoting *Roth Greeting Cards v. United Card Co.*, 429 F.2d 1106, 1110, 166 USPQ 291, 294 (9th Cir. 1970); *Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures Corp.*, 81 F.2d 49, 54-55, 28 USPQ 330, 335-36 (1936); *Nichols v. Universal Pictures Corp.*, 45 F.2d 119, 121, 7 USPQ 84, 96 (2d Cir. 1930) (copyright "cannot be limited literally to the text, else a plagiarist would escape by immaterial variations"). By analogy to other literary works, it would thus appear that the copyrights of computer programs can be infringed even absent copying of the literal elements of the program. Defendants contend, however, that what is true of other literary works is not true of computer programs. They assert two principal reasons, which we consider in turn.¹⁴⁷

También se toma en cuenta, entonces, toda la serie de componentes globales que le otorgan originalidad a la obra y que devendrían en susceptibles de protección las estructuras generales de los programas (que incluirían, naturalmente, las interfaces).

147 *Whelan Associates Inc. v. Jaslow Dental Laboratory, Inc., et al.* U.S. Court of Appeals (Corte de Apelaciones de los Estados Unidos), Third Circuit (Tercer circuito) August (Agosto) 4, 1986. 797 F.2d 1222, 230 USPQ 481.

realiza la edición y el componente más fuerte en lo literario de la configuración del soporte lógico, de todos modos se insertan los elementos necesarios para que en los aplicativos, producto final, al que tiene acceso el consumidor, se vea reflejada la interfaz o se reproduzca un archivo de audio, video o texto, como en el caso de los videojuegos o la multimedia.

Luego, el producto final en la interfaz o con las plantillas y los elementos multimedia puede significar el reflejo de todo el proceso de programación o de la finalidad de expresión de los autores del *software*, que si bien está sufriendo cambios por la constante retroalimentación y la necesidad de llevar a cabo ajustes sobre errores del programa, de cualquier manera está reflejando un producto que se diseñó de la forma en que pretendía presentarse en el aplicativo desde el momento mismo en que se compusieron los códigos fuente.

A continuación, para efectos de exponer el problema, se presentan las interfaces de dos suites de oficina, una de tipo *open source*, y la otra correspondiente a *software privativo* (Open Office y Microsoft Office en su versión 2007).

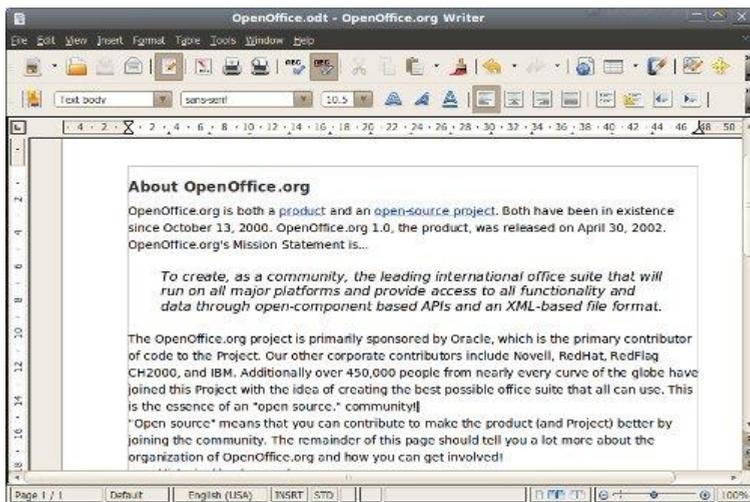


Ilustración 3 Interfaz de suite de oficina Openoffice¹⁴⁹

149 Fuente: Google, seleccionado del buscador de imágenes, palabras de búsqueda: "interfaz Openoffice"). La interfaz en cuestión hace parte de aplicativo de *software* Openoffice, bajo licencia de tipo GPL versión 3.

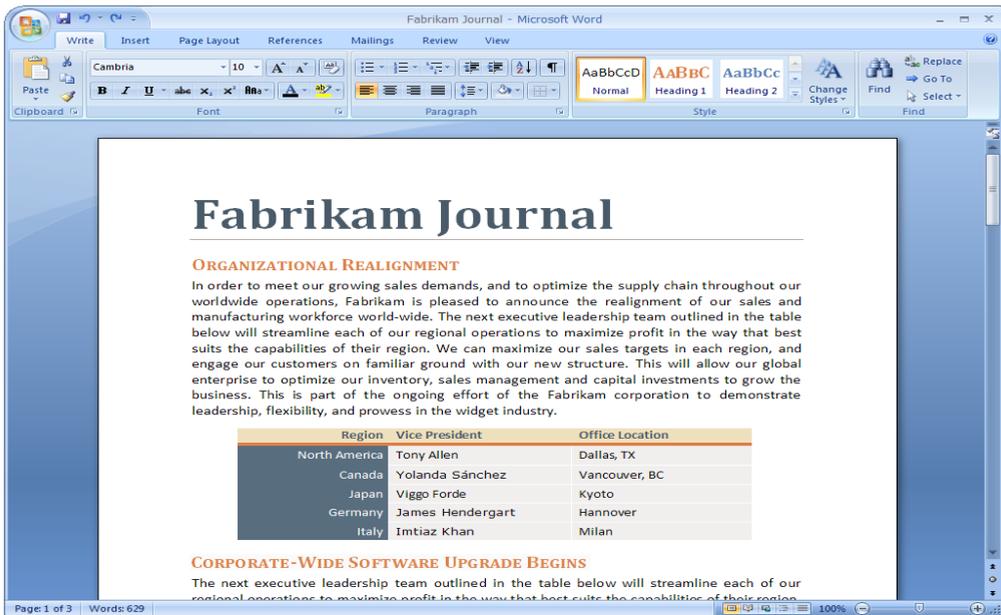


Ilustración 4 Interfaz de la suite de oficina Microsoft Office (Word)¹⁵⁰

Como puede observarse muchos elementos pueden coincidir por la existencia de parámetros comunes que por ejemplo requiere un procesador de texto para la familiarización del usuario y para su explotación o uso al máximo de sus capacidades. Así por ejemplo, ciertos iconos o imágenes que representan una determinada función, difícilmente serían sustituibles por otras sin generar quizás confusión en los usuarios sobre la finalidad del software o el icono representativo del comando deseado.

Pese a lo anterior, a diferencia del software utilitario, en el caso de los videojuegos por ejemplo, los elementos de interfaz se hacen más relevantes en lo que respectan al elemento creativo, generando un mayor riesgo de vulneración a este aspecto de no tenerse en cuenta la protección a los componentes de interfaz. De igual forma, existe afectación del factor económico; esto porque el esfuerzo que

¹⁵⁰ Fuente: Google, seleccionado del buscador de imágenes, palabras de búsqueda: "interfaz office". La interfaz en cuestión se encuentra en el aplicativo de *software* bajo el sistema de *copyright* protegido de forma privativa por la compañía Microsoft.

implica por ejemplo la introducción de una interfaz copiada en otro lenguaje de programación, que puede ser tan significativo como el correspondiente a la inscripción del producto original en el lenguaje en que inicialmente fue programado, no requiere del esfuerzo de diseño original que se deben plantear los desarrolladores del *software* que es copiado en su presentación, y en este caso no importa que los códigos fuentes no correspondan por tratarse de diversos lenguajes de programación.

Todo lo anteriormente mencionado, naturalmente presupone la originalidad de los productos multimedia o gráficos depositados en la interfaz, pues de lo contrario pertenecerán a los autores de las obras que independientemente tienen existencia, y deben ser tratados como obras complementarias sobre las cuales el fabricante de *software* debería reconocer derechos en lugar de explotarlos.¹⁵¹

4.3.2 Protección del código objeto y/o el lenguaje máquina

El problema de la protección al código objeto y/o al lenguaje máquina significa una apuesta aun más difícil, porque representa otros peligros, como la apropiación de las ideas, cuando en ciertas ocasiones numerosas líneas de código correspondan a una única solución lógica a un problema que enfrenta el *software*. En este punto escenificaría la idea, por ejemplo, el *software* cuya función es hacer las veces de calculadora; si bien es cierto que pueden estructurarse con originalidad e independencia una serie de criterios para que la calculadora tenga cierta presentación y funciones, también lo es que los algoritmos de las principales operaciones matemáticas serían esencialmente los mismos, y se verían reflejados en líneas de código objeto muy similares. Pretender la protección plena en tal caso sería similar a otorgar protección a algoritmos matemáticos, lo que en la práctica significaría la apropiación de ideas y procedimientos.

Por otro lado, en lo que concierne a aspectos en verdad originales y relevantes de los productos, sería viable predicar la posibilidad de apropiación, supeditada a la

151 Un caso interesante de obras que podrían ser independientes, pero que provienen originalmente de los diseñadores de *software*, se encuentra en muchas de las historias y contenidos gráficos, literarios o musicales elaborados para los videojuegos, que después se ven reflejados en el cine a través del trasplante de los personajes, los argumentos, la música y los *story boards* de los video juegos.

conexión con la originalidad de los códigos fuente. Ilustrativa es la decisión, en el marco internacional del caso International Business Machines Corporation (IBM) y otro vs. Computer Imports Ltd. y otros¹⁵², en el cual el demandante alegaba que los computadores IBM Look Alike importados desde Taiwan infringían los derechos de autor en el *software* denominado IBM Bios, que se encontraba en calidad de *firmware*. Caso en el que la Corte Suprema de Nueva Zelanda tuvo la oportunidad de establecer que el código fuente constituía un trabajo literario en el cual aplicaba el *copyright*. Sin embargo, en cuanto al código objeto sostuvo que no era un trabajo literario, que no era más que un conjunto de impulsos electrónicos sin ningún significado para el hombre, pese a lo cual por ser traslación del código fuente, atrae la protección del *copyright*, lo que no resuelve esencialmente el problema planteado, pues en la argumentación no sale a la luz claramente el problema de la criptografía, reflejado en qué carácter de protección puede tener una obra que se encuentra en código.

Para comprender este problema, podría tomarse el siguiente ejemplo: este trabajo de grado podría estar escrito utilizando una codificación para su lectura. Podría reemplazarse cada uso de la letra “a” por “aka”, de la letra “e” por “err”, de la “c” por “33” y de la “u” por “zwg”; así la frase, “qué sentido tiene la pregunta que se plantea en este escrito, ¿cuál es la verdadera intención de este ejemplo?”, quedaría convertida en la siguiente frase “qzwwgé serrntido tierrnerr laka prerrrgzwwntaka qzwwgerr serr plakanerrraka errn errsterr errs33rito, ¿33zwwgál errs laka verrrdakaderrraka interrn33ión derr errsterr errjerrmplo?”, muy probablemente sin sentido o difícil de entender inicialmente para quien la vea por primera vez sin conocer las muy sencillas reglas de reemplazo utilizadas, pero que no le quita la originalidad en la composición como forma de expresión, y muy probablemente cometería un plagio la obra que transmita el mismo mensaje mediante des-criptación.

De igual forma ocurriría con el código objeto; en efecto, el sistema binario corresponde a una forma posible de codificar la información para las máquinas, pues todo los contenidos como números, palabras, líneas de un código fuente, píxeles de la imagen de una interfaz, se pueden traducir a nivel microscópico

152 Caso citado en Rengifo, 1997: 222.

en impulsos de cargas electrónicas positivas (unos), o negativas (ceros) en los componentes electrónicos de una máquina, que a su vez pueden ser fijados de forma relativamente prolongada.

Tales composiciones no dejan por tal razón de existir o de pensarse como tales, a diferencia de la opinión referida, pero en las mismas se debe discernir de la serie de codificaciones cuáles de sus contenidos corresponden a algoritmos elementales que representan ideas de procedimiento o manifestaciones lógicas inapropiables, y cuáles corresponden a formas de expresión susceptibles de la protección bajo derechos de autor.

Habría entonces que recurrir a algún criterio de lógica algorítmica, en el que los parámetros y convenciones del álgebra booleana no se confundan con la estructuración como formas de expresión de las ideas. Tendría que concluirse que las operaciones matemáticas básicas, así como sistemas y procedimientos para la resolución de problemas lógicos o matemáticos implícitos en la decodificación binaria del *software*, no estarían sujetos bajo ninguna circunstancia a apropiación, pero que la forma de disposición de cosas y configuración de orden de soluciones y prestaciones que puede representar un *software* si debería ser protegida aun en instancia de encriptación binaria, como formas de expresión. Por fortuna el examen de la decodificación para efectos del rastreo del plagio informático generalmente corresponde más a un problema abstracto que a uno real, pero significa una pregunta relevante e incómoda en casos como la usurpación de los códigos fuentes de un programa, con alteración de la interfaz, los elementos multimedia y la configuración y disposición de cosas.

En estos últimos eventos habría que plantearse la pregunta directamente sobre el límite del plagio, y de la vulneración a deberes contractuales corresponde a la forma en que se ve reflejada la “copia” del *software* en código fuente o en el código objeto.

En una mirada ligera se tendría que concluir que la usurpación se debe limitar al copiado de la forma de expresión en el código fuente, pues implicaría la transliteración de expresiones en los denominados “lenguajes de programación”, pero que no aplicaría con respecto a los códigos objeto. Lo que no es del todo una

solución satisfactoria, pues, por otra parte, habría que pensar que transcribir el contenido de un programa de un lenguaje de programación a otro, de todos modos puede significar usurpación, así como la que haría un editor de un libro tomado del idioma ruso que es traducido al español sin la autorización del escritor y sin mediar caso legislativamente considerado como necesario de uso. Sin embargo, la mejor solución a este problema estribaría en que cuando la configuración del código fuente, llevado a un código objeto, significa la forma de solución algorítmica correcta a un problema determinado, no es viable que se identifique un derecho de autor sobre tal reflejo del código fuente o del lenguaje máquina, pues todo aquel que pretenda insertar la misma solución al mismo problema en un programa independientemente diseñado, si utiliza el mismo lenguaje de programación tendrá que acudir, a la misma forma de expresión, al menos parcialmente y en lo atinente al problema, o llegar a la misma secuencia booleana para transmitirle a la máquina las rutinas que debe ejecutar.

4.4 LAS “TRADUCCIONES DE SOFTWARE” - VIABILIDAD DE LAS LICENCIAS DE AUTORIZACIÓN DE TRADUCCIÓN

Si bien la protección a las formas de expresión se otorga sobre los algoritmos de programación, sobre el lenguaje máquina y sobre los códigos fuentes del sistema informático en cuestión, vale la pena preguntarse si esa extensión se confiere también para la interfaz de dichos programas computacionales, y si esa interfaz en lenguaje humano, sea en figuras o con ciertas combinaciones de palabras y contenidos, está sujeta también a la apropiación por la vía de la propiedad intelectual, cuál es la situación de protección cuando, por ejemplo, al amparo de la Convención Universal sobre Derecho de Autor (Cuda), un interesado en plantear la traducción del contenido de la interfaz en uno de los Estados contratantes solicite autorización para la “traducción de la obra”.

Esta inquietud se hace relevante con mayor razón al amparo de lo prescrito por el art. 13 de la Ley 23 de 1982, de acuerdo con el cual “El traductor de obra científica, literaria o artística protegida, debidamente autorizado por el autor o sus causahabientes, adquiere el derecho de autor sobre su traducción”. Adicionalmente en vista de la normativa que establece la posibilidad de traducciones de obras en circunstancias de limitación bajo licencia estatal (art. 8 Convenio de Berna, en concordancia con los arts. 3 lit. a, 4 lit. a, 5 lit. a., 12, 14, 15, 45, 46, 48, 49 y

ss. y 76 de la Ley 23 de 1982),¹⁵³ cabría preguntarse si de alguna manera puede ejercerse este derecho sobre la producción de programas de computación.

Para responder a esto, a partir de la técnica más allá del contenido contractual, se afirma que no representa lo mismo “traducir” la interfaz que “traducir” un *software* como tal. En efecto, la interfaz, medio a través del cual el sistema informático se comunica con sus usuarios, puede estar en uno o varios idiomas determinados y requerir traducción quizás a idiomas en los cuales no tenga soporte el aplicativo. Pese a lo anterior, este ejercicio no significa ninguna mutación sobre las operaciones lógicas del programa en términos de código fuente, exceptuando las palabras que expresarían funciones en la interfaz, porque en términos del lenguaje de programación los comandos permanecerían. La alteración del código objeto sería similarmente escasa y referente principalmente a las palabras que irían en la interfaz (al respecto puede verse el apartado anterior —4.3.2.— del presente trabajo, sobre protección del código objeto y/o el lenguaje máquina). Luego, la

153 La Ley 23 de 1982 en sus arts. 3 lit. a., 4 lit. a., 5 lit. a., 12, 14, 15 y 76 lit. b. frente a las traducciones, establece las siguientes reglas:

1. El traductor de una obra científica, literaria o artística deberá contar previa y expresamente con la autorización del autor de la obra originaria, sus causahabientes o del titular de los derechos patrimoniales de autor, de lo contrario su actuación se constituirá en una violación a los derechos de autor del creador originario (arts. 5 lit. a, 13, 15 y 76 lit. b, de la Ley 23 de 1982).

2. El autor, creador o titular de los derechos patrimoniales de la obra originaria podrá a título gratuito u oneroso conferir la licencia u autorización para la traducción (arts. 3 lit. a., 4 lit. a., 5 lit. a., 13, 14 y 76 lit. b. de la Ley 23 de 1982).

3. El traductor de la obra originaria se convertirá en titular de los derechos de autor sobre la traducción que efectúa, siempre y cuando cuente con la autorización previa del creador o del titular de los derechos patrimoniales de autor (arts. 5 lit. a., 13 y 15 de la Ley 23 de 1982).

4. El traductor no obstante ser el titular de los derechos de autor sobre su traducción, deberá respetar el derecho moral del autor de la obra original sobre su obra, por lo que tendrá que citar expresamente su nombre y el nombre originario de la creación (arts. 13 y 15 de la Ley 23 de 1982).

5. El traductor sin perjuicio de su derecho patrimonial sobre su traducción, en ningún momento podrá oponerse a que se efectúen otras traducciones sobre la misma obra (art. 14 de la Ley 23 de 1982).

Las situaciones anteriormente descritas sufren limitación o excepciones en el régimen estipulado en los arts. 45 y ss. de la propia Ley 23 de 1982, de acuerdo con las cuales:

1. Es viable una traducción de obra aún sin licencia del autor, siempre que haya transcurrido 7 años desde la primera publicación de la obra (art. 45).

2. No se haya publicado traducción al español (art. 47 lit. a).

3. Cumplir salvaguardas para la oportuna notificación y oposición de los autores (art. 47 lits. b y ss.).

4. Otorgar la posibilidad de ser oído al autor original de la obra (art. 48).

5. Respetar plazos suplementarios para el licenciamiento (art. 49).

labor de traducción significaría únicamente una alteración, obra derivada de un aspecto que en lo sustancial permanece igual.

Esto arroja varias conclusiones: en primera medida, a diferencia de lo ocurrido con un libro, para la alteración y conversión en una obra derivada “traducida”, en el caso del *software*, se requiere el acceso a las fuentes para que la interfaz pueda salir publicada de forma traducida; esto requeriría maniobras de descompilación o desingeniería de parte de quienes toman el *software* aplicativo para emprender el trabajo de traducción. Al no tener acceso a las fuentes, al menos no acceso autorizado, el traductor que pretende obrar en virtud de la limitación o excepción al deber de solicitar autorización, de todos modos estaría vulnerando derechos del autor original o del titular de los patrimoniales si, por ejemplo, el trabajo se lleva a cabo sobre un aplicativo licenciado sobre el cual no se tiene expresa autorización de acceso a las fuentes (lo que implica actos de ingeniería inversa). La forma de plantear esto en términos estratégicos se observa fácilmente en los contratos estudiados a partir de la prohibición a usos no autorizados que involucran preguntas posibles como la estudiada, o a la restricción acerca de todos los derechos de propiedad intelectual no autorizados:

El Software y los Servicios de Altnet contienen información confidencial y de propiedad exclusiva de Altnet, incluyendo copyrights, secretos industriales o comerciales, y marcas registradas y están protegidos por leyes internacionales y de los Estados Unidos de copyright. El Software de Altnet, incluyendo pero sin limitarse a, todos los derechos de propiedad intelectual en el mismo y acerca del mismo son y permanecerán siendo propiedad exclusiva de Altnet y sus proveedores y, salvo por la licencia limitada que le es concedida, Altnet se reserva todo derecho, título e interés en y acerca del Software de Altnet. Usted acepta no llevar a cabo ninguna acción que pueda poner en peligro, limitar o interferir con la propiedad y los derechos de Altnet con respecto al Software y los Servicios de Altnet. Usted admite que cualquier copia no autorizada o uso no autorizado del Software de Altnet constituye una violación del presente Acuerdo y de las leyes de copyright y está estrictamente prohibido.¹⁵⁴

154 Num. 4. del documento “Acuerdo del Usuario Final de Alnet”. Ficha Nro. 34. ARENAS CORREA, José David. Material auxiliar investigación. Estrategias de auto regulación en bienes intangibles: el caso del software. Material en medios digitales (carpeta compartida para la lectura en Dropbox). Fuentes primarias que acompañan el informe final de investigación. [Se agregó el subrayado].

De igual forma puede apreciarse en el contrato de suministro de servicios utilizado por la compañía G. & S. Integro Ltda. con sus desarrolladores:

“SÉPTIMA. PROPIEDAD INTELECTUAL. EL PRESTATARIO-PROVEEDOR reconoce la propiedad intelectual de G. & S. INTEGRO LTDA. sobre todo software producido por la compañía o sus dependientes y de los códigos fuente de dichos programas; obligándose a no transferir, transmitir, facilitar el uso o la explotación a terceros no autorizados por EL CONTRATANTE, copiar, divulgar, usufructuar, ceder o entregar bajo cualquier título y/o modalidad los códigos fuente o la totalidad de los productos software desarrollados por EL CONTRATANTE o sus dependientes, así como no llevar a cabo alteraciones sobre el mismo con el fin de crear productos en apariencia distintos, so pena de incurrir en la sanción establecida en la cláusula quinta.¹⁵⁵

Pueden observarse estas situaciones en los contratos fichados con numeración: F 34, F 39, F 40, F 80, F 84, F 90, F 91, F 101, F 105, F 106, F 128, F 129, F 130, F 131, F 132, F 133, F 136¹⁵⁶.

4.4.1 Caso de relaciones entre Colombia y países que no hacen parte de la Convención de Berna¹⁵⁷

Dada la existencia de regulaciones sobre la viabilidad de traducciones y publicaciones de obras bajo Cuda, así como bajo la Convención de Berna, ¿es posible que sean utilizadas y asimiladas las normas contenidas en los art. V bis, ter y quar, de Cuda? (referentes a la autorización de traducción de obras y su potencial explotación en el país de autorizada traducción); de igual forma, si es posible el amparo en las licencias de traducción para la reproducción de *software* extranjero en un contexto nacional bajo Berna? ¿Esta norma tiene algún grado de relevancia o significado entre aplicativos, por ejemplo, fabricados en China, India u otro país de oriente, y su potencial traducción en un país como Colombia? O por el contrario, ¿es inviable la aplicación de esta normativa para el caso?

155 Cfr. ARENAS CORREA, José David. Material auxiliar investigación *Estrategias de auto regulación en bienes intangibles: el caso del software*. Material en medios digitales, Fuentes primarias que acompañan el informe final de investigación. Ficha Nro. F 80: “*Contrato de suministro de servicios*”. Documento fuente ubicado en carpeta compartida de Dropbox para este libro. [Se agregaron los subrayados].

156 Cfr. Carpeta de material compartido en Dropbox. Se recuerda que a gran cantidad de la muestra se acabó accediendo por la publicidad o condición masiva de los modelos de contrato.

157 En virtud de lo establecido en el art. XVII de la Cuda (Ley 48 de 1975), la Convención de Berna es prácticamente la norma predominante, pues sustrae la Convención de París cuando se trata de situaciones entre varios afiliados a Berna. A enero de 2011 Berna contaba con 164 Estados activos en dicha convención, entre ellos Colombia.

El mejor método por vía analógica de interpretar este problema es la traducción de obras literarias que contienen ilustraciones. Esto porque las últimas no requieren traducción en sí (así como no lo requiere el lenguaje máquina, o los comandos de programación si se dieron bajo un lenguaje de programación determinado). Si tomamos la obra ilustrada, en el marco de la convención de París en su art. V ter num. 7, se encuentra la posibilidad de que la obra con ilustraciones reciba autorización para la traducción y aunada a esta la autorización para la reproducción de las ilustraciones; por lo que el elemento colateral a las formas de expresión de la interfaz estaría siendo autorizado. Pero desde el ámbito de una eficiente regulación normativa del problema, la pregunta va más lejos.

En efecto, en el caso del *software* existen componentes fuente y un componentes objeto, que podríamos denominar “internos”, mientras que existe otro componente de interfaz con el usuario, que podríamos denominar “externo”; el componente externo sería aquel que requiere traducciones para su entendimiento por parte del usuario. Naturalmente, este componente requeriría de la alteración de pequeños apartes en los códigos fuente, que a su vez significarían cambios en los códigos objeto; pero básicamente, tras el pretexto de la alteración de la interfaz para la comprensión más amplia de parte de un universo de usuarios, no podría suministrarse autorización para la reproducción del contenido interno, lógico del *software*, que en todo lo referente a funciones, ejecuciones, disposiciones, algoritmos y comandos quedaría inalterado, por lo cual el entendimiento de estas licencias estatales no podría entenderse aplicando “*mutatis mutandi*” las normas sobre obras literarias al caso del *software*.

Ahora bien, desde el propio contenido de las convenciones podría observarse cómo surgen soluciones a este tipo de preguntas. En efecto, de acuerdo con los arts. V quarter de Cuda, en su num. 3 se establece:

- (a) A reserva de lo dispuesto en el apartado (b), las disposiciones del presente artículo se aplicarán exclusivamente a las obras literarias, científicas o artísticas publicadas en forma de edición impresa o en cualquier otra forma análoga de reproducción.
- (b) Las disposiciones del presente artículo se aplicarán también a la reproducción en forma audiovisual de fijaciones lícitas audiovisuales que incluyan obras protegidas por la presente Convención, así como a la traducción de todo texto que

las acompañe a una lengua de uso general en el Estado que concede la licencia; a condición, en todos los casos, de que tales fijaciones audiovisuales hayan sido concebidas y publicadas con el exclusivo objeto de utilizarlas para los fines escolares y universitarios.¹⁵⁸

De tomarse este pasaje en un amplio margen, representaría la restricción de ejercicios “de traducción” licenciada estatalmente (por no encontrarse el autor, o en el caso de no presentarse su respuesta), en el caso del *software*.

Tal interpretación es posible, y viable al amparo de Cuda, con la restricción que impone también el hecho de que el componente externo de la obra, en el caso de la interfaz, podría, en efecto, ser traducido, incluso bajo la licencia estatal, con los fines educativos y/o científicos de que trata el art. V., para efectos, por ejemplo, de manuales explicativos o didácticos sobre el uso de un *software*. Esta interfaz, citada en obras escritas y traducida, no generaría mayores problemas, así como tampoco la traducción de manuales de usuario, pero la autorización o licencia de reproducción so pretexto de la implícita traducción del *software* implicaría la usurpación del trabajo en el elemento “interno” a un altísimo costo para el productor, con un relativo escaso costo para el traductor licenciado, lo que no se compadece con la eficiencia normativa en el sector.

Esto se convierte en indicio de que lo mismo ocurre al amparo de la Convención de Berna en el caso de Colombia y otros países que hacen parte de la misma, en la medida que pese a no hacer la referencia directa en materia de la traducción de la obra, en lo que respecta a las reproducciones licenciadas con fines académicos o científicos para usos escolares o universitarios, sí advierte, en lo que respecta a licencias de reproducción estatales, la limitación de las mismas en lo relacionado con reproducción de obras no literarias (contenida en el num. 7 del art. III del Anexo correspondiente a países en desarrollo), del que me permito citar:

(a) Sin perjuicio de lo que dispone el *subpárrafo (b)*, las disposiciones del presente artículo se aplicarán exclusivamente a las obras publicadas en forma de edición impresa o en cualquier otra forma análoga de reproducción.

158 Convención sobre Derecho de Autor revisada en París el 24 de julio de 1971. Disponible en <http://www.cerlalc.org/documentos/cupara.pdf>, última revisión abril de 2010.

(b) Las disposiciones del presente artículo se aplicarán igualmente a la reproducción audiovisual de fijaciones audiovisuales efectuadas legalmente y que constituyan o incorporen obras protegidas, y a la traducción del texto que las acompañe en un idioma de uso general en el país donde la licencia se solicite, entendiéndose en todo caso que las fijaciones audiovisuales han sido concebidas y publicadas con el fin exclusivo de ser utilizadas para las necesidades de la enseñanza escolar y universitaria.

En vista de lo anterior, no resulta extraño que no se hayan presentado casos de contratos de traducción de *software* al amparo de licencias estatales, o contratación para la reproducción de soportes lógicos traducidos, dado un marco legal que de cualquier manera imposibilita la explotación económica efectiva de tales traducciones, a no ser que se trate de traducción para el propósito de manuales y/o de libros didácticos que citan elementos de la interfaz, lo que enmarcaría el problema en otro tipo de obras.

4.5 AUTORIZACIONES DE REPRODUCCIÓN DE EJECUTABLES O INSTALADORES SIN LA INTERVENCIÓN DE LOS FABRICANTES

Una circunstancia que demanda una eficiente tensión entre los incentivos y el derecho al acceso es el uso justo que por fines educativos se le puede otorgar a las licencias informáticas. Surge una pregunta: ¿es posible la ingeniería inversa sobre un programa, para su distribución en determinado Estado, con fines educativos y a un menor precio? Aplicando la normativa del derecho de autor al software de forma similar, debería concluirse *prima facie* que sí, en atención al art. V quarter num. 1 lit. a. de la Convención de París.

Pese a lo anterior, después de analizar el propósito del derecho de reproducción, que dista de los derechos de distribución, tendría que pensarse que la viabilidad de actos de ingeniería inversa con propósitos educativos se puede presentar bajo la restricción del impedimento de copias para distribución con cobro económico, como primer problema (art. 272 num. 1 del Código Penal). Y como segundo, si se aborda la posición frente al primero, que una justificante del delito de elusión de medidas tecnológicas de restricción sea el incurrir en este tipo de situación con destino a propósitos educativos o cualquier otra limitación o excepción a los derechos de autor que hiciera el uso legalmente posible, emanaría de lo descrito

en el anterior numeral, en cuanto al alcance de las normas Cuda y de Berna en lo referente al otorgamiento de licenciamientos excepcionales, en este caso de reproducción.

Siendo visible, la inviabilidad de estrategias de este tipo para la explotación de la propiedad intelectual, lo anterior concuerda con que en la investigación no se observó el aporte de contratos orientados en sí a la ingeniería inversa de *software*, para su reproducción o aplicación con fines educativos por parte de las instituciones de dicho sector.

Por otro lado, como puede observarse en las referencias al clausulado mismo, las prohibiciones a los actos de ingeniería inversa y a las conductas de elusión a medidas tecnológicas contienen restricciones contractuales en algunos casos consecuentes con la existencia de limitaciones a los derechos de autor, y en algunos otros, categóricas que conllevan a hacerse la pregunta de si el rompimiento de los deberes contractuales establecidos al amparo de una excepción o limitación válida a los derechos de autor constituye de todos modos un incumplimiento del contrato.

Entre las cláusulas consecuentes con lo anterior pueden observarse las siguientes:

10.2 Queda prohibido copiar, modificar, descompilar o intentar extraer el código fuente del Software total o parcialmente, o crear trabajos derivados o realizar ingeniería inversa de este, así como permitir que un tercero lo haga, a menos que así lo permita o exija la ley, o a menos que Google le conceda tales derechos por escrito.¹⁵⁹

Una segunda:

ALCANCE DE LA LICENCIA. El software se cede bajo licencia y no es objeto de venta. El presente contrato sólo le otorga algunos derechos de uso del software. Microsoft se reserva todos los demás derechos. A menos que la legislación aplicable le otorgue más derechos a pesar de esta limitación, usted sólo podrá utilizar el software tal como lo autoriza expresamente el presente contrato. Al hacerlo, deberá ajustarse a las limitaciones técnicas del software que sólo permiten utilizarlo de determinadas formas. Usted no podrá:

159 Ficha Nro. F 128. "Condiciones de servicio de Google". ARENAS CORREA, José David. Material auxiliar investigación *Estrategias de auto regulación en bienes intangibles: el caso del software*. Material en medios digitales carpeta compartida para los lectores de este libro en dropbox, Fuentes primarias que acompañan el informe final de investigación.

Eludir las limitaciones técnicas del software;

Utilizar técnicas de ingeniería inversa, descompilar o desensamblar el software, excepto y únicamente en la medida en que ello esté expresamente permitido por la ley a pesar de la presente limitación.¹⁶⁰

Y esta otra:

LIMITACIONES EN MATERIA DE INGENIERÍA INVERSA, DESCOMPILACIÓN Y DESENSAMBLAJE:
No podrá utilizar técnicas de ingeniería inversa, descompilar ni desensamblar el PRODUCTO SOFTWARE, excepto y sólo en el caso que tal actividad esté expresamente permitida por la ley aplicable, no obstante esta limitación.¹⁶¹

En otras prácticas contractuales se observaron, por el contrario, prohibiciones más genéricas, que no toman en consideración la existencia de un régimen de limitaciones:

QUINTA: PROHIBICIONES A MEGASISEMAS LTDA.: EL EMPRESARIO tiene prohibidas las siguientes conductas sobre los ejecutables proporcionados con ocasión del presente contrato:

1. Copiar, duplicar o reproducir.
2. Transferir, enajenar, prestar, arrendar o ceder a cualquier título y bajo cualquier modalidad a empresas competidoras en la elaboración de productos informáticos, sin la autorización escrita por parte del PROVEEDOR.
3. La utilización de cualquier procedimiento de ingeniería o de cualquier otra índole que altere la estructura de la base de datos.
4. Descompilar, separar o llevar a cabo cualquier maniobra de desensamblaje de los códigos ejecutables de YIREH o cualquiera de los programas propiedad de G. & S. INTEGRO LTDA. con los que tenga contacto.¹⁶²

Prohibiciones similares a esta última también fueron encontradas en varios de los contratos abordados durante el proceso de investigación (Cfr. Fichas con clasificación F 87, F 60, F 52).

160 Ficha Nro. F 78. "Términos de licencia del software Windows 7". ARENAS CORREA, José David. *Ibíd.* Material contenido en carpeta compartida de Dropbox, archivo de fuentes académicas.

161 Ficha Nro. F 47. "Cluf del software administrativo Cibernex Valery".

162 "Contrato de Suministro de Ejecutables"..

Al plantearse la pregunta sobre la legalidad de las cláusulas habría que tener en cuenta que el pacto contractual como tal se dirige únicamente a la contraparte subscriptora, por lo que es apenas lógico que en los contratos de los cuales se desprendieron las cláusulas de prohibiciones de maniobras de “desingeniería” de forma más categórica, se encontraran relaciones de pequeñas y medianas empresas de *software*, en la medida que sus productos de alguna manera participan de un canal de distribución masiva, a diferencia por ejemplo de las licencias para sistemas operativos o suites de oficina. En el último caso, el producto no sólo dirige la “cláusula” como parte de un acuerdo contractual, sino también como promulgación de un aviso legal dirigido tanto a usuarios autorizados como a los no autorizados. En efecto, el sentido de una limitación o excepción a los derechos de autor radica en que personas que no gozan de la autorización de quien ostenta la titularidad de los derechos, en pos del fin justo o relevante para el legislador, puedan acceder a la obra.

En situaciones como la divulgación, más allá de las autorizaciones originalmente concedidas del *software* privativo que participa de canales de distribución masiva, es apenas natural que se utilice el texto de condiciones de los licenciamientos como una herramienta para advertir incluso a quienes van a acceder sin la venia del autor, para que cualquier actividad como las descritas, se cumpla atendiendo a situaciones de interés público.

En las técnicas contractuales observadas es notorio el esfuerzo por todos los medios para evitar facilitar la elusión de las medidas tecnológicas con la finalidad de realizar cualquiera de las excepciones. De igual forma, en la elaboración de los pactos contractuales masa por parte de las compañías fabricantes, normalmente estas omiten la mención de las situaciones límite o de excepción y se ciñen a establecer un marco amplio de impedimentos en cabeza del usuario.

5. DERECHOS PATRIMONIALES: HACIA UNA NUEVA FORMA DE PROPIEDAD



Uno de los aspectos más relevantes de la construcción de estrategias en torno al *software* y su contratación, es el potencial de explotación económica que dichos productos de soporte lógico puedan conferir a sus fabricantes. De tal forma, los productores deben plantear las correspondientes estrategias que respalden sus intereses, bajo los esquemas institucionales adoptados en nuestro marco, y en los extranjeros cuando se trate de contratos internacionales.

Los primeros planteamientos para la verificación del *software* como un producto son:¹⁶³

- a. ¿Es el aplicativo especializado (como por ejemplo el *software* para el control de la base de datos catastral nacional de Agustín Codazzi)?; o por el contrario, ¿es de un uso amplio (como por ejemplo el *software* utilizado para el sistema operativo de un computador, la navegación a través de redes, o un procesador de texto)?
- b. ¿El sistema está atado a algún tipo de *hardware* o a una gama de hardware determinada? Como en el caso del mercado de la telefonía celular y el *firmware*, o en los productos de soportes lógicos diseñados para equipos de diferentes categorías tales como los *tablets*, *pc's*, *laptops* y *notebooks*.
- c. ¿Quiénes son los competidores y cuáles son sus dimensiones, su capacidad de producción y su experticia? Al respecto deben tomarse en cuenta situaciones de mercado de competencia del *software* “producto”, como el lenguaje de programación utilizado, el grado de desarrollo de las fuentes del producto

163 Estos planteamientos se fundamentan en Smith y Parr, 2004: 167-169.

competidor o cuando menos la estabilidad de sus aplicativos (tomando la actividad de desingeniería como ilícita).¹⁶⁴

- d. ¿Ha habido o existen generaciones de este tipo de *software* que se hayan vendido en el mercado?
- e. ¿Qué cambios están ocurriendo en los negocios de los usuarios finales?
- f. ¿Depende el *software* de un sistema operativo en especial? De ser así, ¿cuál es el grado de obsolescencia? ¿Cuál es el grado de la penetración que tiene el sistema operativo en el mercado objetivo en concreto?
- g. ¿Los usuarios finales están satisfechos con lo que el *software* está haciendo? Pregunta que se refiere a la aplicabilidad del *software*, así como a su estabilidad y funcionalidad en torno a las necesidades de quienes lo utilizan.
- h. ¿Qué tan antiguo es el sistema? Debe tenerse en cuenta que algunos productos antiguos pueden ser utilizados por mucho tiempo, aun bajo el cambio de sistemas operativos, a través de los *software* denominados “emuladores”.
- i. ¿Es el *software* eficiente en términos de velocidad de procesamiento, uso efectivo del almacenamiento y fácil ingreso de datos?¹⁶⁵

Todas las anteriores preguntas apuntan a criterios de mercado, versatilidad y obsolescencia del *software*, y permiten determinar los precios que este tendría, bien sea en términos de licenciamiento de uso o de concesión de otro tipo de derechos patrimoniales, como el de reproducción, comunicación, distribución, transformación o importación.

Gran parte de los programas informáticos como proyectos específicos tienen una vida útil aun inferior a un año, mientras otros elementos de aplicaciones “núcleo” pueden tener una vida útil de más de una década incluso, con algunas pocas adecuaciones.

164 No sobra advertir de nuestra parte una resistencia a considerar necesario o eficiente en sentido económico calificar de ilícita per se toda actividad de desingeniería o ingeniería inversa, pese a las construcciones que en materia penal acogió nuestro legislador.

165 Véase Smith y Parr, 2004: 168.

Esto anticipa un problema en el sistema de configuración de la exclusión por vía de ley de cara a los derechos de propiedad, que se ve reflejada en que en la tensión entre el derecho al acceso a los productos del conocimiento, a la cultura y a la información contra los incentivos a los autores, o en el caso que ocupa esta investigación, a los fabricantes del *software*, la balanza está profundamente inclinada a favor de los fabricantes, quienes en muchas ocasiones llegan incluso a renunciar a la persecución de la utilización no autorizada de sus productos obsoletos, mucho antes de que fenezcan los derechos que les otorgan las instituciones jurídicas nacionales.¹⁶⁶

Este tipo de situaciones se conjuga con la obsolescencia creada, que puede provenir de los mismos fabricantes proveedores de sistemas operativos, quienes en ocasiones, al cambiar de plataforma afectan profundamente la posibilidad de ejecutar algunos aplicativos bajo sus sistemas; asimismo ocurre con las cláusulas de limitación a los deberes de soporte o mantenimiento, que unido a la dispersión de virus informáticos a través de las redes y la amenaza a la intimidad de los usuarios, significa en muchos casos exponerse a la utilización (con productos obsoletos) de programas que si bien pueden funcionar de forma estable y efectiva, son más vulnerables a los ataques o a los virus informáticos por la carencia de soportes y actualizaciones de seguridad (caso de los sistemas operativos privativos de Microsoft, que tienen obsolescencia programada y fecha de terminación del soporte en materia de seguridad informática).

Por otro lado, una vez publicado o licenciado un *software*, al igual que con las obras tradicionales bajo derechos de autor, la exposición de las obras al público genera de inmediato el riesgo de la copia no autorizada y la competencia con el propio producto a costo cero.

Las anteriores situaciones hacen comprensible también que las “transacciones” pico en el mercado informático, al igual que en el mercado de las obras literarias o musicales, se presenten durante los primeros dos años de publicación.¹⁶⁷

166 Una situación interesante se puede observar en <http://www.archive.org>, sitio en el que muchos de los fabricantes de *software* han puesto sistemas informáticos obsoletos para su descarga gratuita por parte de potenciales usuarios.

167 Cfr. Smith y Parr, 2004: 166.

Esto representa un progresivo agotamiento o “desgaste” del potencial que en regalías de licenciamientos puede producir un material protegido, potencial de generación de renta, que también afecta la valoración de los derechos patrimoniales que se pueden ceder sobre el mismo y las estrategias de autorregulación contractual entre agentes que intervienen en este tipo de transacciones.

La siguiente ilustración refleja en general y sin referencia específica el comportamiento del potencial productor de regalías del *software*:

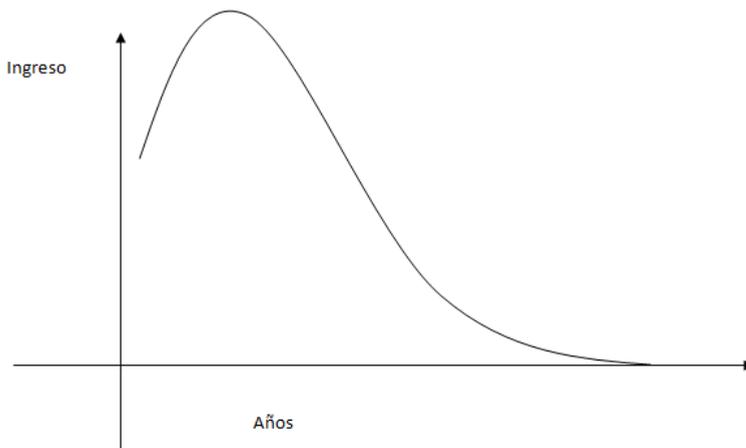


Ilustración 5. Valor de Derechos Patrimoniales de Autor¹⁶⁸

Dicho comportamiento, que afecta la calidad del potencial rentístico de los derechos sobre los intangibles informáticos, significa también el eje sobre el cual se construyen las estrategias de contratación.

Así, la conducta más observada en los contratos que tienen por objeto el *software* es todo tipo de incentivo contractual a prolongar la duración de la curva en su pico, evitando los mecanismos que aceleren la obsolescencia, la copia, la divulgación accidental, la impertinencia o la falta de afinidad del *software* con el *hardware* o el sistema operativo predominante en el mercado.

168 Ilustración realizada con base en la presentada en Smith y Parr, 2004: 167.

De igual manera, se busca obtener el máximo de rentabilidad posible para la época de caída de la curva, y finalmente se llega a una indiferencia en materia de incentivos para el momento en que el potencial productivo de rentas es cero.

Naturalmente, se presentan eventos imposibles de prever que en algunos casos magnifican el potencial productor de renta de algunos productos de soporte lógico. Pueden mencionarse algunos ejemplos de estos casos en la industria del *software*:

- a. La utilización de personajes o historias en los montajes de videojuegos cuya duración o potencial de explotación económica rebasa la obsolescencia técnica del *software* de juegos.
- b. La atemporalidad ganada de algunos productos informáticos que por su divulgación, simpleza o elegancia permanecen en el mercado más de lo común. Para citar ejemplos diferentes al *software* de juegos (pese a la pléyade de los que pueden ser presentados), podrían mencionarse lenguajes de programación sencillos como el Basic, o sistemas operativos como el DOS.

A continuación, con fundamento en la contratación acopiada durante el proceso de investigación, se plantearán algunas situaciones características de los derechos patrimoniales, así como estrategias visibles en los incentivos contractuales desarrollados en los documentos estudiados.

Para la comprensión de lo que se pretende exponer, debe partirse de la comprensión de que los productores de *software* como grupo económico y de interés, no sólo construirán marcos normativos contractuales que tiendan a fortalecer y generar la seguridad de la propiedad inmaterial creada, sino también a presionar para la construcción de derechos e instituciones jurídicas que favorezcan sus intereses económicos. Un ejemplo en el ámbito de la propiedad inmaterial musical puede observarse en materia de fonogramas: la existencia de derechos a favor de los productores de los mismos que llevan a cabo fijaciones al amparo de la ley 545 de 1999 no tiene lugar a una explicación desde la perspectiva del AED al menos en el estado de la técnica actual, donde por medio de los sistemas informáticos y las nuevas tecnologías los costos marginales de divulgación de la obra se han reducido prácticamente a cero.

Dicha expansión representa la creación institucional de un derecho de exclusión adicional paralelo y simultáneo al del autor o ejecutor original (o más bien la triplete, pues surgen derechos de autor, del intérprete y del fabricante del *software*), que representa el problema del costo marginal cero y las presiones que han sufrido los legisladores y las entidades multilaterales por industrias como las de la música para generar mayores márgenes de beneficio de los bienes intangibles tipo obra.

5.1 EXCESIVA PROTECCIÓN

La protección de cincuenta años —ochenta en Colombia, cuando se trata de personas naturales— conferida a los programas de computadora bajo el amparo del sistema de protección de derechos de autor es excesivamente larga para la realidad del mercado en cuestión y se equipara, para efectos del análisis práctico del mercado informático, a un monopolio al infinito, pues rebasa en mucho la obsolescencia técnica de los programas, el período de protección que se les confiere mediante el Adpic (art. 12) y la Ley 23 de 1982.

Esta interpretación admite discusión en la medida que la redacción del art. 11 de la Ley 23 de 1980 hace referencia exclusivamente a obras artísticas y literarias, sin tomar en cuenta otros tipos posibles de obras como el *software*, por lo que la protección no aplicaría. Pese a lo anterior, la pretensión de aplicación de la normativa propia de derechos de autor *mutatis mutandi* (como efecto del art. 1 del Decreto 1360 de 1989), no deja remedio diferente a la concesión superior a la estimada en el marco del Adpic.

De igual forma, el monopolio concedido para las personas jurídicas por la ley 23 de 1982 de treinta años a partir de la creación de la obra, contados a partir de su publicación (art. 27 de la ley 23 de 1982), que quedó extendido en virtud de la Decisión 351 de la CAN a cincuenta años después de la publicación (art. 18), conlleva un monopolio, para efectos prácticos también infinitos, pues sobremanera rebasa el período de obsolescencia técnica de los sistemas informáticos.

En materia de licenciamientos las prácticas contractuales estudiadas reflejan, por ejemplo, que un implícito es la transferencia definitiva en términos prácticos de derechos que implica una concesión de derechos de autor por períodos de décadas en materia de computación, así como la rápida obsolescencia técnica de los diferentes productos que conllevan la necesidad de operaciones de mantenimiento, nuevos desarrollos o actualizaciones.

Tales situaciones contractuales constituyen el reflejo de un acercamiento en la práctica contractual a la teoría de objetividad en cuanto a la originalidad de la obra, por oposición a la subjetiva, según la cual la obra es un espejo de la personalidad del autor.¹⁶⁹

5.2 RIESGO MORAL ENTRE LOS FABRICANTES

Una circunstancia que es demostrativa de la dificultad de una protección con eficacia social a los derechos de propiedad intelectual en materia de *software* se encuentra en que a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en la industria de la música o de la comercialización de libros, donde los fabricantes hacen parte de grupos de interés orientados a fortalecer la protección de sus derechos en común, los fabricantes de *software* en muchas ocasiones están compelidos a una suerte de riesgo moral contra los otros fabricantes; esto por varias razones; por un lado, porque muchos productos de soportes lógicos están orientados a crear aplicaciones que facilitan el desensamblaje, descompilación, utilización no autorizada de otros productos, así como también a la producción de *backups* o copias de soporte de archivos protegidos de otros fabricantes o de otras industrias de intangibles;¹⁷⁰ por otro lado, se han fabricado productos para producir copias exactas de sistemas informáticos instalados (también conocidos como *ghost o drive clones*),¹⁷¹ cuya

169 Al respecto véase Rodríguez Moreno, 2004: 30.

170 Un ejemplo de este caso está en los “convertidores” de formatos de archivos de multimedia (audio o video), cuya popular aplicación principal en ciertos medios es la realización de copias fraudulentas de productos protegidos con derechos de autor.

171 La alusión a este uso no tiene por objeto el señalamiento exclusivo de alguna compañía en concreto, sino la exposición de casos que se vienen presentando de utilización moralmente indebida de aplicativos que se ofrecen en el mercado y que a su vez están protegidos por derechos de autor.

destinación —según los fabricantes— es la posibilidad de utilización de un programa de reinstalación o rearranque de un equipo después de su formateo o de la pérdida catastrófica de datos; pero otros los han aprovechado también para la explotación indebida de productos informáticos de terceros. De igual forma, se multiplican las aplicaciones que de una u otra manera minan el potencial generador de riqueza del *software* diseñado por otros y pese a las advertencias —como las observadas en algunos de los contratos recopilados— que buscan principalmente generar un marco de buena fe exenta de culpa de parte de fabricantes que conocen el potencial dañino de sus productos para otros fabricantes en la industria.

En el marco de las grandes contradicciones de esta industria son visibles algunas circunstancias de riesgo moral como la fabricación de *software p2p* y *software para la administración*, ubicación y la distribución de archivos tipo *torrent*,¹⁷² orientados a que los usuarios de internet compartan archivos en sus computadores, lo que ha repercutido en el advenimiento de extensas redes de archivos protegidos por derechos de autor como libros, música y, paradójicamente, ejecutables de *software*, que se vulgarizan con los llamados *cracks*, creándose medios propicios para la amenaza a los derechos de otros fabricantes.¹⁷³

Por otro lado, los *keygens*, generadores de claves de *software* obtenido sin licencia, como productos que se venden económicamente en el mercado negro informático a través de redes, representan otra grave amenaza para los fabricantes, desde el seno de otros fabricantes.

Una norma que puede generar prácticas diversas de explotación por parte de colaboradores en la fabricación de *software* conjunto, generando incentivos para su conversión en competidores, se encuentra en el art. 19 de la Ley 23 de 1982;

172 Tecnología “*peer to peer*”, que permite que los recursos de un computador, entre ellos los archivos, puedan ser accedidos por otros. Tecnología basada en la idea que dio lugar a las redes informáticas. Cfr. Ryan, 2002: 496.

173 Una decisión importante en esta materia y sobre esta forma de infracción a las normas de derechos de autor, puede encontrarse en el caso Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. et al. vs. Grokster, Ltd. et al. elevado a la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Noveno Circuito n.º 04-480. Discutido el 29 de marzo de 2005. Decidido el 27 de junio de 2005. Elemento de jurisprudencia norteamericano, traducido al español por VILLAR, Leopoldo En: Revista La Propiedad Inmaterial N.º 13 - 2009 - pp . 305 – 340. Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia. 2009. También en: [http://foros.uexternado.edu.co/econinstitucional/index.php/propin/article/viewFile/464/443\(2005\)](http://foros.uexternado.edu.co/econinstitucional/index.php/propin/article/viewFile/464/443(2005)).

esto porque vía “derechos morales” facilita a quienes fueran contratistas del grupo desarrollador, especialmente si se trata de un diseño de *software* por módulos, que los diseñadores particulares de cada módulo utilicen su propia obra para crear nuevos sistemas de soporte lógico que pueden contener diferencias en lo que respecta a otros módulos,¹⁷⁴ generando productos competidores que vía normativa de derechos de autor no encontrarían la protección suficiente.

Finalmente, en el orden de estrategias que se escalan en la medida que se producen fallos y regulación en la materia, especialmente derivados de acciones persiguiendo perjuicios por parte de la industria discográfica, surgió el *software* para la administración de “torrentes” de información, que se han convertido —por el uso mayoritario de los usuarios— en medios para la propagación de información de distribución no autorizada, llevando a casos extremos como el de *Wikileaks* y la divulgación de secretos de estado y secretos industriales gracias a la tecnología de *software* asociada a la utilización de redes.

El panorama anteriormente ilustrado no significa una conclusión de la investigación orientada a considerar la actividad de unos fabricantes por oposición a la de otros como una amenaza, o a ofrecer respuestas reformativas manifestando que es necesaria la producción de una legislación prohibitiva para ciertas utilidades; por el contrario, ofrece una vista sobre las dificultades que generan las realidades sobre la actividad de los productores de *software* para la materialización de los derechos de propiedad adjudicados por la norma.

Sumado a lo anterior y en el marco del debate sobre los derechos de propiedad que generan estos intangibles, surge el cuestionamiento de quienes propugnan por el llamado *software libre*, encontrando en la generación de riqueza por productos informáticos de soporte lógico una situación de enriquecimiento exagerado, argumento que no aplica para todas las casas productoras por cierto, dado la diferencia de fuerzas entre las mismas y el mercado propio para sus productos.

Este último fenómeno escenifica un problema aun más profundo: la tensión entre dos intereses legislativos derivados de los constructos de la propiedad intelectual, el

174 Véase el apartado 3.3 de este trabajo, “Subapropiaciones de productos intelectuales objeto-pugnas de apropiación.

estímulo a las creaciones artísticas —a las informáticas en el caso del *software*—, que es un fin cortoplacista, y el beneficio que la sociedad en general recibe de estas creaciones (fin largoplacista). Esto analizado más profundamente implica que la utilidad que generan los marcos legislativos a la explotación de productos informáticos tiene por límite el interés público. El descubrimiento de esta tensión no es una novedad del presente trabajo, y ha sido puesto en escena por diversas instituciones legales y advertido en varios de los casos más relevantes en materia de derechos de autor:

The limited scope of the copyright holder’s statutory monopoly, like the limited copyright duration required by the Constitution, reflects a balance of competing claims upon the public interest: Creative work is to be encouraged and rewarded, but private motivation must ultimately serve the cause of promoting broad public availability of literature, music, and the other arts. The immediate effect of our copyright law is to secure a fair return for an “author’s” creative labor. But the ultimate aim is, by this incentive, to stimulate artistic creativity for the general public good. “The sole interest of the United States and the primary object in conferring the monopoly”, this Court has said, “lie in the general benefits derived by the public from the labors of authors”. When technological change has rendered its literal arms ambiguous, the Copyright Act must be construed in light of this basic purpose.¹⁷⁵

Esto implica que no necesariamente es correcta la solución reformista orientada a la protección a ultranza de los derechos de los fabricantes por oposición a la de los derechos de la comunidad en general a servirse de los productos de soporte lógico, especialmente en circunstancias en las que la capacidad de pago de muchos individuos que pueden servirse de tales productos no alcanza a convertirlos en sujetos relevantes para el mercado, entrando en juego uno de los más poderosos argumentos que ostentan quienes abogan por el *software* libre (*open source*).

175 Caso *Sony, Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S.431–432. Citado por Ryan, 2002: 513. Frente al anterior precedente judicial norteamericano, algunos autores consideran que hubo reversión del mismo en la decisión *MGM Studios Inc et al v. Glokster Ltd. Et al.* US No. 04.480, del 27 de junio de 2005. Por otro lado, A. Lucas hace el siguiente comentario sobre los casos *Théberge y CCH Canadienne Limitée vs. Barreau du Haut-Canada*: “la ley[...] establece un equilibrio entre, de una parte, la promoción, en el interés del público, de la creación y de la difusión de obras artísticas e intelectuales, y de otra parte, la obtención de una justa recompensa”. para el creador... cuando son llamadas a interpretar la ley sobre el derecho de autor, los tribunales deben esforzarse en mantener un justo equilibrio entre estos dos objetivos” (Tomado de Pérez, 2010: 12). Lo cierto es que sí se presenta una seria reversión en el caso *Real Networks Inc. Vs. Streambox Inc.* (citado por Rodríguez, 2004: 189-191), bajo la óptica de que la tecnología de streaming subsana la necesidad que existió en la época del caso *Sony* de que los usuarios grabaran sus programas por encontrarse impedidos para verlos en ciertos horarios.

Lo anterior, tampoco apunta a una nula protección, pero sí a replantear los casos de riesgo competitivo entre los fabricantes de *software*, y a la búsqueda de soluciones intermedias para la problemática de la persecución por infracción en materia de derechos de autor en todos los casos, requiriéndose alguna regla más precisa sobre las situaciones que pueden constituir un uso justo de las aplicaciones de otros en nuestro medio.

Contrario a lo que algunos investigadores concluyen,¹⁷⁶ encontramos que en la tensión entre los intereses de difusión del conocimiento y las aplicaciones sometidas a legislación de derechos de autor o *copyright*, incluso en el caso concreto del *software*, las medidas no pueden llegar al absurdo paternalismo de impuestos al uso de redes, aumento en las sanciones por infracción a derechos de autor, o constructos positivistas orientados bajo el amparo de la fórmula de Hand al aumento de las sanciones con una orientación disuasiva; todo a fin de restablecer un monopolio natural (el del fabricante del *software* o del bien sometido a derechos de autor), que incentive la supuesta creación.

El trabajo de investigación que dio lugar a este libro, por el contrario, ha llevado a concluir que el mejor mecanismo para la subsistencia del incentivo a las creaciones se encuentra en la autonomía de la voluntad, en las configuraciones tecnológicas y en las medidas de salvaguarda que cada productor lleve a cabo para su producto. No en atacar, ni prohibir los productos que puedan eventualmente servir para usos indebidos, si tienen un uso apropiado en los marcos jurídicos, creando altos costos para los potenciales fabricantes de dichos productos y para los consumidores de los mismos que pretenden actuar en ejercicios legítimos de sus usos.

Efectivamente, cuando el consumidor lleva a cabo maniobras de desensamblaje, o busca defraudar los códigos de licenciamiento, eleva sus costos de búsqueda de medios accesibles bien sea por internet o de actividades de deconstrucción del *software*. Este tipo de ejercicio –esfuerzos contra medidas de protección- elevan el costo de oportunidad de quien los ejecuta, pues la “adquisición del producto

176 Cfr. Pérez, 2010: 20 y ss.

protegido” deja de ser de costo “casi nulo”, en la medida que los esfuerzos de intervención sobre los mismos significan inversión de tiempo y otros factores de costo que el consumidor no asumirá a menos que dicha inversión de esfuerzo de desensamblaje le signifique un gasto menor que la simple adquisición de la licencia, por ejemplo. Esto paradójicamente tiene el mismo efecto, deseado por algunos autores, que una mayor regulación que “aniquile la piratería”, aunada a un imaginario esfuerzo de discriminación de precio que genere un menor peso muerto para la sociedad. Son más útiles las estrategias de precios atadas a la autoprotección o medidas de restricción en el software, así como a las penalidades propias de cada contrato, que las intervenciones normativas que imponen costos generalizados.

Es el esfuerzo por protección tecnológica que los fabricantes de *software* implementen en sus productos lo que generará un equilibrio entre los intereses de los fabricantes, sus incentivos, el sistema de precios y los consumidores.

La anterior conclusión parte de la distinción que debe llevarse a cabo entre consumidores, usuarios finales y competidores desleales. Esto porque la reestructuración legal no puede orientarse al aumento de las consecuencias negativas para los infractores e incluso al exceso de propuestas como “impuestos a la red”, sino que repercuten de manera generalizada en un costo global significativamente alto y que atacan directamente al consumidor, que en la mayoría de los casos corresponde a individuos por debajo del margen de indiferencia para la inclusión en su canasta de bienes de productos informáticos con precios por fuera de escala.

El desincentivo legal a los competidores desleales, que descompilan, desensamblan, emulan, distribuyen, copian y usufructúan sin autorización de los fabricantes individuales, es el que debe ser fortalecido, con la sana consecuencia de hacer la legislación neutra frente al fenómeno del monopolio natural, y evitar la irrupción de la misma para estimular un sistema de precios discriminante que favorecerá en el riesgo moral al fabricante que tiene un natural incentivo para aumentar su ganancia contra una alta pérdida social.

5.3 RIESGO MORAL EN LA RELACIÓN CON LOS CONSUMIDORES

En lo que se refiere a la protección de los derechos patrimoniales de los autores, también surgen escenarios de agencia en los diferentes contratos planteados, especialmente en el marco del licenciamiento (en este caso la relación principal y agente sobre el punto en concreto no se entenderá en el sentido de Salanié¹⁷⁷ sino en el del rol de asumir cargas o deberes de cuidado con respecto a intereses de la otra parte), en donde el licenciatarario se convierte en un agente de la protección de los derechos patrimoniales del licenciante; esto pese a que el último tiene mayor conocimiento de los intereses y aplicaciones que se pretende dar al *software*.

Ocurre en efecto que existe una propensión racional y totalmente inteligible y explicable del consumidor-usuario final a desarrollar estrategias de “apropiación”, como la utilización más allá de los límites conferidos en el contrato del licenciamiento, pese a que a través de las cláusulas de los mismos se le confirieron deberes de cuidado; así surgen estipulaciones contractuales que establecen estos deberes especialmente en aquellos contratos de licenciamiento en los que el empresario tiene la posición de principal, por oposición a un consumidor responsable de evitar fenómenos de lesión a los derechos de autor.

No sobra advertir también que nuevas estrategias vienen surgiendo desde las propuestas de negocios y contractuales de los explotadores de derechos patrimoniales, con la finalidad de prevenir situaciones de riesgo moral en la entrega para el uso de intangibles como el *software*. Así, por ejemplo, como estrategia contra la potencial reproducción, comunicación pública y distribución no autorizada de productos informáticos y de propiedad inmaterial en general, surge la propuesta de “nubes digitales” y centros de almacenamiento externo de la información, los aplicativos y puntos de trabajo para los usuarios.

Este tipo de prácticas, que actualmente se están generalizando y confluyen en el fenómeno del “arriendo de *software*”, que corresponde a un fenómeno generalizado

177 En relación con este tema véase los apartados 2.3.1 y 3.1 de este trabajo (Salanié se vale de las situaciones de agencia de Stackelberg mencionadas en el num. 3.1).

pese a los pobres indicadores de recolección en el muestreo contractual (solo se obtuvo un contrato de este tipo en la muestra),¹⁷⁸ bajo la propuesta de una mayor “protección”, “seguridad”, “libertad frente a ataques por medio de virus” y “practicidad”, pretenden llevar al usuario a un nivel superior de las conexiones a la red mundial de información, permitiendo que este almacene no solo su información en servidores ubicados en la red y administrados por los proveedores del servicio, sino también los programas y configuraciones de sistema operativo, y de programas aplicativos en general que utiliza habitualmente, creando una especie de identidad y configuración digital accesible mediante la mera conexión a internet.

Esto conllevaría eventualmente a un mayor control del riesgo moral de defraudación de la propiedad intelectual a través de copias ilegales, pues la utilización de los programas instalados en los servidores de los proveedores del servicio de “nube digital” no son susceptibles de descompilación y se encuentran blindados ante la posibilidad de la copia de los instaladores o ejecutables para su reproducción no autorizada.

En este sentido también se despliegan estrategias contractuales por las entidades bancarias con sus aplicativos para la administración de los productos de los usuarios, los cuales son licenciados para el uso temporal en la red, con el *software* instalado en el servidor de la compañía propietaria

Así, cada vez es más usual la prestación de servicios a través de redes de licenciamiento de uso de *software* instalado en los servidores que otorgan *hosting* al *web site* desde el cual se explota el *software* determinado, llevando a construcciones contractuales que minimizan las posibilidades de defraudación del usuario contra el fabricante, transformando los objetos contractuales en “arrendamientos” por oposición a “cobros” definitivos de los derechos de uso¹⁷⁹:

178 Cfr. Ficha Nro. 39. “*Contrato de Arrendamiento de Software ASP en formato WEB*”. Se advierte que la recolección de la muestra finalizó a mediados del año 2010, antes de poder obtener contratos tan relevantes como el correspondiente a los servicios de nube digital prestados por la Alcaldía de Medellín gratuitamente a sus usuarios en su portal de la Secretaría de Educación, en el que además de llevar a cabo almacenamiento, acceder a los servicios de correo electrónico, se puede utilizar *software* en línea como procesadores de texto u hojas de cálculo. Véase, por ejemplo, en el caso del proyecto “Medellín Digital”: <http://www.medellin.edu.co/sites/Educativo/Paginas/Default.aspx>. [Consultado el 14 de junio de 2011].

179 Entre la presentación del informe final del trabajo de Maestría que dio lugar a este libro, y la publicación del mismo, las nubes digitales han sufrido una explosión incomparable en el mundo de la informática, pasando de herramientas de

El arrendador da en arriendo al arrendatario, dentro de las condiciones a continuación acordadas, el SOFTWARE ASP., actualmente en funcionamiento en Internet y cuyas características de uso, mantenimiento, soporte técnico y todo lo atinente al mismo se describen seguidamente, en varias de las cláusulas de este contrato.¹⁸⁰

De igual forma, se establecen estipulaciones similares en el objeto de nuevas relaciones contractuales que quedaron por fuera de la muestra obtenida. Son muy ilustrativas las situaciones de advenimiento de la tipicidad social de los contratos “Software como servicio” (*software as a service* o SaaS por sus siglas en inglés); “Plataforma como servicio” (en inglés *platform as a service*, PaaS), es la encapsulación de una abstracción de un ambiente de desarrollo y el empaquetamiento de una carga de servicios; “Infraestructura como servicio” (*infrastructure as a service*, IaaS), está en la capa inferior y es un medio de entregar almacenamiento básico y capacidades de cómputo como servicios estandarizados en la red; y finalmente, los modernos servicios de “e-clouding”, servidores, sincronización y sistemas de almacenamiento digital.

Todas las anteriores situaciones de establecimiento de nuevos marcos de negociación con los productos intangibles son el reflejo de una revolución estratégica para fortalecer la exclusión artificial no normativa, sino tecnológica de los usuarios, y se ha visto reflejado en críticas de los partícipes del movimiento del *software* libre, verbigracia el caso de Richard Stallman, quien ha manifestado:

One reason you should not use web applications to do your computing is that you lose control”, he said. “It’s just as bad as using a proprietary program. Do your own computing on your own computer with your copy of a freedom-respecting program. If you use a proprietary program or somebody else’s web server, you’re defenceless. You’re putty in the hands of whoever developed that software.”¹⁸¹

almacenaje a ser el futuro de las suites de oficina como la exitosa “Office” producida por Microsoft, o herramientas de sincronización de equipos con acceso popular inusitado (caso de la propia carpeta utilizada para las fuentes documentales suministradas con este texto, así como diferentes compañías competidoras que proveen el servicio a través de internet).

180 Cfr. Ficha Nro. 39. “Contratos de Arrendamiento de Software ASP en formato WEB”. ARENAS CORREA, José David. Material auxiliar investigación *Estrategias de auto regulación en bienes intangibles: el caso del software*. Material en medios digitales, Fuentes primarias que acompañan el informe final de investigación. Matriz universal de fichaje, archivo de extensión xls. en carpeta compartida de la nube digital Dropbox a que remite este libro.

181 “Cloud computing is a trap, warns GNU founder Richard Stallman”. Johnson y otros, 2008. Una traducción nuestra podría ser: “Una de las razones para que no debas usar aplicaciones web para hacer la informática es que se pierde el control”, dijo. “Es tan malo como el uso de un programa privativo. Haz tus labores en tu propio equipo con tu copia de

En efecto, las contrataciones que se celebran en el marco de los sistemas de *computer clouding* representan varios riesgos estratégicos desde el punto de vista jurídico y de la estructura de los derechos de propiedad para los usuarios en su tensión de intereses con los propietarios de los derechos de autor:

- La centralización de las aplicaciones y el almacenamiento de los datos genera dependencia de los proveedores de los diferentes servicios (tanto de acceso a internet como de hospedaje, arriendo o suministro de nube digital), que tendría que ser protegida eventualmente a la luz de principios como la proscripción del abuso del derecho, para eventos en los cuales pretenda denegarse el acceso a los privilegios de la propia información, pero que también significa un riesgo técnico de exposición a las dificultades del proveedor de servicios de internet o de la nube digital en concreto.
- La disponibilidad de las aplicaciones está atada a la disponibilidad de acceso a internet, lo que tiene implicaciones para los usuarios en lo que respecta a la imposibilidad física de utilizar privilegios de licenciamiento sin el acceso a las redes.
- Los datos sensibles, la información vital de los asuntos del usuario, así como su propiedad inmaterial y los secretos comerciales en general no residen en las instalaciones de las empresas, lo que genera un contexto de alta vulnerabilidad para la sustracción de la información por parte del agente en términos de encargo del deber de custodia de la información (que sería la compañía proveedora de la nube digital).
- La viabilidad de los aplicativos de interés para los usuarios dependería de los sistemas operativos del proveedor de la nube, lo que significa que puede haber lugar a que se coarten las libertades de contratación o elección de ciertos servicios en pos de la protección de alianzas o convenios comerciales restrictivos de la competencia, lo que podría incluso dar lugar al establecimiento de nubes digitales que en términos prácticos (no necesariamente contractuales) restrinjan la utilización de *software* no privativo o de *software* privativo perteneciente a determinados fabricantes.

un programa libre que se respete. Si utiliza un programa propietario o el servidor web de alguien más, estás indefenso. Tu eres masilla en las manos de quien desarrollados que el software."

- Este tipo de servicios en realidad genera un bien privado y reglas de exclusión, en la medida que pese al aumento marginal creciente que puede generar el avance tecnológico en velocidad y capacidad de almacenamiento, de cualquier modo en algún punto de la curva de producción habrá escalabilidad a largo plazo de los costos que el servicio genera, lo que implicaría que a mayor número de usuarios dependientes de estas estrategias, que compartan la infraestructura de la nube, la sobrecarga en los servidores de los proveedores aumentará, lo que acabará derivando eventualmente en la estructura de precios de los servicios y en un sistema más efectivo de apropiación del producto intangible que imponga precios a los consumidores interesados.

Situaciones como esta última se alcanzan a avizorar en el único contrato de la muestra relacionado con el tema, contrato tipo masa, prefabricado por el proveedor del “arriendo del *software*”, lo que es equiparable a una situación básica de “nube digital”:

Parágrafo 3 De la revisión de tarifa. En el evento en que se presenten prórrogas automáticas y sucesivas de acuerdo al plazo principal, y el arrendador requiera hacer un incremento superior a la tarifa del IPC lo podrá hacer en orden a su incremento de costos, de soportes y de todos los que acompañan el desarrollo de su objeto social, dando aviso al arrendatario con treinta (30) días de anticipación al vencimiento del término inicial o de cualquiera de sus prórrogas. El arrendatario podrá abstenerse de aceptar el nuevo precio de canon de arrendamiento, manifestando por escrito (vía e-mail) al arrendador su intención, dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación realizada por este; evento en el cual la prestación del servicio se dará por terminado una vez finiquite el vencimiento del término del contrato.¹⁸²

Es más que evidente el riesgo de que este tipo de cláusulas signifiquen una justificación no abusiva del aumento de los precios prácticamente unilateral, generada por la escalada del servicio de la nube digital.

Por otro lado, en otro de los contratos, que no fue clasificado como arrendamiento de *software*, pero que evidentemente corresponde a un fenómeno de “nube

182 Cfr. Ficha Nro. 39. “*Contrato de arrendamiento de SOFTWARE ASP en formato WEB*”. ARENAS CORREA, José David. Material auxiliar investigación, fuentes primarias. Contenido en carpeta de la nube digital Dropbox.

digital”¹⁸³, se estructura la relación a pesar de auto-denominarse “licenciamiento”, como el licenciamiento de uso de un software a través de la red, sin instalación en el equipo de los usuarios, en los cuales puede haber lugar a situaciones similares a las del contrato antes reseñado:

En caso de que “EL CLIENTE” no realice cualquiera de los pagos establecidos en esta cláusula, el servicio del programa de cómputo “MULTINET” se restringirá a partir del día sexto de cada mes, pudiendo ser restablecido dentro de las 48 (cuarenta y ocho) horas siguientes a la realización del pago correspondiente.

Por otra parte, si al mes siguiente no se cubren los adeudos, el servicio se cancelará de forma indefinida, teniéndose que pagar a “NETZEN” la cantidad de [...] para su nueva reinstalación y reprogramación, más los adeudos pendientes.

El presente programa de cómputo “MULTINET”, estará disponible vía Internet para “EL CLIENTE” 24 horas los 365 días del año. En caso contrario y cuando el motivo sea imputable a “NETZEN” “EL CLIENTE” podrá solicitarle, el descuento correspondiente al 1% de la mensualidad acordada por cada hora sin servicio, sin que exceda al 100% de dicha mensualidad. Ambas partes acuerdan, que por ningún motivo podrá “EL CLIENTE” solicitar costas y gastos por daños y perjuicios, imputables a la suspensión del servicio.¹⁸⁴

Como puede observarse, esta tendencia contractual puede ir tomando fuerza en la medida que es de utilidad para cambiar el paradigma de las situaciones de licenciamiento a tal punto en que los usuarios o consumidores finales de los soportes lógicos dejen de ser delegados o agentes encargados de deberes especiales de cuidado o protección de la propiedad inmaterial de los licenciantes, lo que disminuiría la posibilidad de defraudaciones al interés propietario y por ende el decaimiento de las circunstancias de riesgo moral, que se desplazarían para quedar en manos de los proveedores de servicios como acceso internet o la propia nube digital.

Naturalmente, surgen nuevos riesgos en la relación de explotación de inmateriales tecnológicos que permanecen “subidos” en la red y se ejecutan desde la misma, lo

183 Caso del modelo recolectado de la firma mexicana denominada NETZEN.

184 Cfr. “*Contrato de licencia de uso de programa de cómputo ‘Multinet’*”. Ficha Nro. 40. Las subrayas están fuera del texto original del contrato. Fuentes de primer nivel recolectadas por ARENAS CORREA, José David. Material auxiliar investigación *Op. Cit.* Anexo A al trabajo de investigación. Material obrante en carpeta compartida en Dropbox.

que se puede incluso avizorar en algunos de los contratos de *firmware* y de *software* asociados a tecnología móvil como la de los dispositivos RIM (*Blackberry*)¹⁸⁵, en donde se establecen prohibiciones con potenciales ataques, usos indebidos o perturbación de material intangible que permanece en la nube o se ejecuta desde la red más que desde el propio dispositivo de comunicación:

You may not use this site and/or RIM services in any manner which could damage, disable, overburden or impair this site and/or any RIM services (or the network(s) connected to such site or services) or interfere with any other party's use and enjoyment of this site and/or RIM services. You may not attempt to gain unauthorized access to this site and/or any RIM service, other accounts, computer systems or networks connected to this site, through hacking, password mining or any other means. You may not obtain or attempt to obtain any materials or information through any means not intentionally made available to you through this site.

This site may contain e-mail services and/or other message or communication facilities designed to enable you to communicate with others (collectively, "Communication Services"). You agree to use the Communication Services only to post, send and receive messages and material that are proper and, when applicable, related to the particular Communication Service. By way of example, and not as a limitation, you agree that when using a Communication Service, you will not:

- Use the Communication Service in connection with surveys, contests, pyramid schemes, chain letters, junk email, spamming or any duplicative or unsolicited messages (commercial or otherwise).
- Defame, abuse, harass, stalk, threaten or otherwise violate the legal rights (such as rights of privacy and publicity) of others.
- Publish, post, upload, distribute or disseminate any inappropriate, profane, defamatory, infringing, obscene, indecent or unlawful topic, name, material or information.
- Upload, post, email, transmit or otherwise make available any material that you do not have a right to make available under any law or under contractual or fiduciary relationships (such as software protected by intellectual property laws, inside information, proprietary and confidential information learned or disclosed as part of employment relationships or under nondisclosure agreements).

185 En el período comprendido entre la publicación del informe final del trabajo de grado que dio lugar a este libro y el libro, la compañía Research In Motion, titular de la marca Blackberry, ha pasado a denominarse también Blackberry.

- Upload, post, email, transmit or otherwise make available any material that contains software viruses or any other computer code, files or programs designed to interrupt, destroy or limit the functionality of any computer software or hardware or telecommunications equipment, including without limitation, Trojan horses, worms, time bombs, cancelbots or corrupted files.
- Post, publish, modify, transmit, reproduce, or distribute in any way, information, software or other materials or tools designed for compromising the security of the Communication Services, our network or telecommunication services.
- Advertise or offer to sell or buy any goods or services for any business purpose, unless such Communication Service specifically allows such messages.
- Download any file posted by another user of a Communication Service that you know, or reasonably should know, cannot be legally distributed in such manner.
- Falsify or delete any email headers, author attributions, legal or other proper notices or proprietary designations or labels of the origin or source of email, software or other material in order to disguise the origin of such email, software or material.
- Restrict or inhibit any other user from using and enjoying the Communication Services, or create an unusually large burden on the Communication Services, such as by generating levels of traffic sufficient to impede others' ability to send or retrieve information.
- Violate any code of conduct or other guidelines which may be applicable for any particular Communication Service.
- Harvest or otherwise collect information about others, including e-mail addresses, without prior written authorization from such owners of such information.
- Resell any of the Communication Services or use the Communication Services other than for your own personal purposes. Without limiting the foregoing, you agree that you will not use the Communication Services to provide Internet access or any other feature of the Communication Services to any third party.
- Violate any applicable laws or regulations.
- Impersonate any person or entity, or falsely state or otherwise misrepresent your affiliation with a person or entity, or create a false identity to mislead others.

RIM has no obligation to monitor the Communication Services. However, RIM reserves the right to review materials posted to or sent through a Communication Service and to remove any materials in its sole discretion. RIM further reserves the right to terminate your access to any or all of the Communication Services and this site at any time, without notice, for any reason whatsoever.

RIM reserves the right at all times to disclose any information as RIM deems necessary to satisfy any applicable law, regulation, legal process or governmental request, or to edit, refuse to post or to remove any information or materials, in whole or in part, in RIM's sole discretion.

Always use caution when giving out any personally identifying information about yourself or your children in any Communication Service. RIM does not control or endorse the content, messages or information found in any Communication Service and, therefore, RIM specifically disclaims any liability with regard to the Communication Services and any actions resulting from your participation in any Communication Service.

Materials uploaded to a Communication Service may be subject to posted limitations on usage, reproduction, dissemination or other requirements. You are responsible for adhering to such limitations if you download the materials.

All information, data, text, software, music, sound, photographs, graphics, video, messages, or other materials ("Content") posted to any Communication Services by any users are the sole responsibility of those users. RIM does not guarantee the accuracy, copyright compliance, legality, integrity, quality, or decency of such Content. Posting your name, contact information, and any personal information in any Communication Services places that information into a public forum.¹⁸⁶

186 "Condiciones generales de uso de Research In Motion Limited (RIM)". Material de fuentes primarias contenido en carpeta compartida en Dropbox. La traducción podría ser la siguiente: "No puede utilizar este sitio y / o servicios de RIM en tal forma que pudiera dañar, deshabilitar, sobrecargar o deteriorar este sitio y / o cualquier servicio de RIM (o las redes (s) conectado al sitio o servicios) o interferir con el uso y el goce de cualquier usuario de este sitio y / o servicios de RIM. No puede intentar obtener acceso no autorizado a este sitio y / o cualquier servicio RIM, otras cuentas, sistemas informáticos o redes conectadas a este sitio, a través de hacking, minería de contraseñas o cualquier otro medio. No puede obtener o intentar obtener cualquier material o información mediante cualquier medio que no sea intencionalmente puesto a su disposición a través de este sitio.

Este sitio puede contener servicios de correo electrónico y / o otras facilidades de mensajes o comunicación diseñadas para permitirle la comunicación con otros (colectivamente, "Servicios de Comunicación"). Usted acepta usar los Servicios de Comunicación sólo para anunciar, enviar y recibir mensajes y materiales que sean apropiados y, en su caso, relativos al Servicio de Comunicación en particular. A modo de ejemplo, y no como una limitante, usted acepta que cuando utilice un Servicio de Comunicación, no podrá:

- *Utilizar el Servicio de Comunicación en conexión con encuestas, concursos, esquemas piramidales, cartas en cadena, correo electrónico basura, spamming o cualquier mensaje duplicado o no solicitado (comercial o no).*
- *Difamar, abusar, acosar, acechar, amenazar o de alguna forma violar los derechos legales (como los derechos de privacidad y publicidad) de otros.*
- *Publicar, anunciar, cargar, distribuir o divulgar cualquier tema inapropiado, profano, difamatorio, ilegal, obsceno, indecente o ilegal, nombre, material o información.*
- *Cargar, publicar, enviar, transmitir o poner a disposición cualquier material que no tiene el derecho de hacer disponible bajo ninguna ley o bajo relación contractual o fiduciaria (tal como software protegido por leyes de propiedad intelectual, información interna, de propiedad y confidencial aprendida o divulgada como parte de relaciones de empleo o bajo contratos de confidencialidad).*

- *Cargar, publicar, enviar, transmitir o poner a disposición cualquier material que contenga virus de software o cualquier otro código de computadora, archivos o programas diseñados para interrumpir, destruir o limitar la funcionalidad de cualquier software o hardware o equipo de telecomunicaciones, incluyendo, sin limitación, caballos de Troya, gusanos, bombas de tiempo, canceladores o archivos dañados.*
- *Publicar, postear, modificar, transmitir, reproducir o distribuir de cualquier forma, los materiales de información, software u otro o herramientas diseñadas para comprometer la seguridad de los servicios de comunicación, nuestra red o servicios de telecomunicaciones.*
- *Anunciar u ofrecer la venta o compra de cualquier bien o servicio para cualquier fin comercial, a menos que dicho Servicio de Comunicación permita específicamente ese tipo de mensajes.*
- *Descargar cualquier archivo enviado por otro usuario de un Servicio de Comunicación cuando Usted tuviera o razonablemente debiera tener conocimiento de que no deban distribuirse legalmente de esa forma.*
- *Falsificar o eliminar cualquier encabezado de correo electrónico, atribuciones de autoría, avisos legales o de otro tipo o designación o etiqueta indicativa del origen o la fuente de material electrónico, software u otro con el fin de ocultar el origen de email, dicho software o material.*
- *Restringir o inhibir a cualquier otro usuario de utilizar y disfrutar los Servicios de Comunicación, o crear una carga inusualmente grande en los servicios de comunicación, como por la generación de niveles de tráfico suficientes para impedir la capacidad de otras personas para enviar o recuperar información.*
- *Infringir cualquier código de conducta u otras guías que puedan aplicarse a un Servicio de Comunicación en particular.*
- *Recoger o cualquier forma de recolectar información acerca de otros, incluyendo direcciones de correo electrónico, sin autorización previa y por escrito de los propietarios de tales correos o dicha información.*
- *Revender alguno de los servicios de comunicación o utilizar los Servicios de Comunicación, que no sean para sus propósitos personales. Sin perjuicio de lo anterior, usted acepta que no utilizará los servicios de comunicación para facilitar el acceso a Internet o cualquier otra característica de los servicios de comunicación a terceros.*
- *Violar leyes o regulaciones aplicables.*
- *Hacerse pasar por cualquier persona o entidad, o declarar falsamente o tergiversar su afiliación con una persona o entidad, o crear una identidad falsa para engañar a otros.*

RIM no tiene obligación de monitorear los Servicios de Comunicación. Sin embargo, RIM se reserva el derecho de revisar el material enviado o enviado a través de un Servicio de Comunicación y de quitar cualquier material a su única discreción. RIM se reserva el derecho de suspender el acceso al usuario a cualquiera o todos los Servicios de Comunicación y con este sitio en cualquier momento y sin previo aviso, por cualquier razón que sea.

RIM se reserva el derecho en cualquier momento a revelar información cuando sea RIM considere necesario para satisfacer cualquier ley, regulación, proceso legal o solicitud gubernamental aplicable, o de modificar, rechazar el envío o eliminar cualquier información o material, en su totalidad o en parte, a la sola discreción de RIM. Sea siempre cuidadoso al dar cualquier información personal que lo identifique a Usted o a sus hijos en todo Servicio de Comunicación. RIM no controla ni aprueba el contenido, mensajes, o información encontrada en los Servicios de Comunicación y, por tanto, RIM niega específicamente cualquier responsabilidad en relación con los Servicios de Comunicación y con cualesquiera acciones resultantes de su participación en cualquier Servicio de Comunicación.

Los materiales subidos a un Servicio de Comunicación pueden estar sujetos a limitaciones en el uso, reproducción, difusión o cualquier otro requisito. Usted es responsable de cumplir con dichas limitaciones si baja esos materiales.

Toda la información, datos, textos, software, música, sonido, fotografías, gráficos, video, mensajes u otros materiales (“Contenido”) enviado a los servicios de comunicación por cualquier usuario son responsabilidad exclusiva de los usuarios. RIM no garantiza la exactitud, el cumplimiento de copyright, legalidad, integridad, calidad, o la decencia de dicho Contenido. Publicar su nombre, información de contacto y cualquier otra información personal en cualquier Servicio de Comunicación lugares que la información en un foro público.”

5.4 CESIONES DE DERECHOS PATRIMONIALES SUJETAS A EXCLUSIÓN

En la cesión de derechos patrimoniales se presentan marcadas diferencias entre la transferencia definitiva (cesión propiamente dicha), y los licenciamientos exclusivos o no exclusivos. En efecto, varias de las contrataciones acopiadas evidencian la realización de estrategias de optimización de la explotación no rival de ciertos derechos patrimoniales.¹⁸⁷ Así, por ejemplo, se encuentran simultáneamente contratos como el de la compañía G. & S. Integro con varias de sus potenciales distribuidores:

“CLÁUSULA CUARTA. COMPROMISOS DEL EMPRESARIO. EL EMPRESARIO, se obliga frente al PROVEEDOR a lo siguiente:

1. Ofrecer el producto YIREH en las condiciones comerciales negociadas con el PROVEEDOR.
2. No comprometer al PROVEEDOR con cambios o modificaciones que los clientes requieran, sin antes haber sido aprobadas esas modificaciones o cambios por el PROVEEDOR.
3. Informarle oportunamente al PROVEEDOR el nombre de cada cliente que compra el programa YIREH y sus datos personales con el fin de proporcionar los licenciamientos.
4. Pagar la remuneración pactada por los ejecutables en la ciudad de Medellín en las fechas de vencimiento señaladas en las facturas, a través de los medios que EL PROVEEDOR seleccione para la cancelación.
5. Respetar los derechos de autor que la normativa colombiana y extranjera consagra en favor del PROVEEDOR del programa.
6. Proporcionar los ejecutables de la contabilidad para efectos de desarrollo de ensamblaje entre los Software ACTIVO (MEGASISTEMAS) y YIREH (G&S INTEGRO).

[...]

CLÁUSULA QUINTA. DERECHOS DEL EMPRESARIO: MEGASISTEMAS gozará de libertad para seleccionar sus clientes y podrá:

- a. Realizar el suministro del producto en las etapas de preventa (contactos con los nichos de mercado ya sea por medio personal, telefónico, fax, e-mail u otros),

187 En este punto toma relevancia la Ley 1450 de 2011 promulgada una semana antes de la entrega de este trabajo de investigación y en la cual se asimiló el tratamiento de las licencias exclusivas al de una transferencia de derechos.

venta (cierre del negocio donde se especifica que MEGASISTEMAS es el revendedor y el productor es EL PROVEEDOR).

b. Inicialmente vender el producto en la ciudad de Medellín y posteriormente en otras ciudades

[...]

CLÁUSULA SEXTA. PROHIBICIONES TANTO DEL EMPRESARIO COMO EL PROVEEDOR: Las partes tienen prohibidas las siguientes conductas sobre los ejecutables proporcionados con ocasión del presente contrato:

1. Copiar, duplicar o reproducir.
2. Transferir, enajenar, prestar, arrendar o ceder a cualquier título y bajo cualquier modalidad a empresas competidoras en la elaboración de productos informáticos.
3. La utilización de cualquier procedimiento de ingeniería o de cualquier otra índole que altere la estructura de la base de datos.
4. Descompilar, separar o llevar a cabo cualquier maniobra de desensamblaje de los códigos de los productos suministrados entre las partes.
5. Llevar a cabo “upload” de los productos suministrados entre las partes a la Internet o cualquier red no autorizada.

[...]

CLÁUSULA DÉCIMA PRIMERA. NATURALEZA DEL CONTRATO. Las partes convienen que se trata de un contrato de suministro de bienes informáticos de tipo software.

[...]

CLÁUSULA VIGÉSIMA SEGUNDA. Las partes no podrán ceder el presente contrato bajo ningún título a persona natural o jurídica sin previa autorización de la contraparte.¹⁸⁸

La anterior constituye una formulación de cláusulas en las que puede observarse cómo a partir de una naturaleza contractual como la del suministro, se regula en realidad un licenciamiento implícito para el ejercicio del derecho de distribución, con diferentes estrategias encaminadas a que el propietario de los derechos patrimoniales de autor (proveedor), puede y en efecto seguirá llevando a cabo actividades de suministro frente a otras compañías del sector, licenciadas también para la distribución, lo que de una u otra manera puede significar competencia en

188 Cfr. Ficha Nro. F 52. “Alianza estratégica de comercialización de ejecutables entre G&S INTEGR0 y MEGASISTEMAS”. Fuente de primer nivel obtenida durante recolección de la información, documento obrante en carpeta compartida en Dropbox.

el canal de distribución del mismo producto por diferentes compañías licenciadas para el ejercicio del mismo derecho de autor.

Por otro lado, en otros escenarios contractuales pueden visualizarse planteamientos similares donde los atributos del licenciamiento definitivo representan un mayor valor económico, pese a que la estrategia dominante es evitar una cesión definitiva de los derechos patrimoniales, en cierta medida eludiendo a través del contrato tipo suministro la transferencia del monopolio de explotación sobre el producto:

Opción Uno: sin exclusividad

Es decir quedamos con la opción de comercializar el producto, ustedes serían el único distribuidor, el Software queda de ustedes con fuentes y Fabio A. trabajaría con ustedes y nosotros seguimos manteniendo los pocos clientes que tenemos y si resulta la venta de alguna licencia poderla hacer eventualmente.

Inversión \$... [menor valor]

Opción Dos: con exclusividad

Ustedes únicos distribuidores, entregamos igualmente fuentes y Fabio se iría a trabajar con ustedes, entregamos nuestros clientes y no venderemos más el producto.

Inversión \$... [mayor valor].¹⁸⁹

Las anteriores situaciones están en abierta diferencia con la cesión en sentido clásico y que no implica licenciamiento ni particular ni exclusivo, como puede observarse en el “*Contrato de cesión de derechos patrimoniales 160-2008, suscrito entre la Universidad de Antioquia (Facultades de Ingeniería y Economía), Interconexión Eléctrica S.A E.S.P, Colciencias, el Instituto Colombiano para el Desarrollo de la Ciencia y la Tecnología y los señores Sergio Agudelo Florez y David Fernando Tobón Orozco*”,¹⁹⁰ contrato donde no es gratuito que la posición dominante de la relación contractual estuviese en manos de quienes contrataban por encargo la obra, a diferencia de lo ocurrido en los dos casos antes citados como los de distribución o comercialización de ejecutables.

189 Cfr. Ficha Nro. F 71. Oferta Comercial. G. & S. INTEGRO LTDA.-PROTEQUIP. Documento recolectado durante el trabajo de investigación (fuente de primer nivel), que puede ser verificado en fichaje y completo en la carpeta compartida de Dropbox.

190 Cfr. contrato en la Ficha Nro. 131, documento fuente primera en carpeta compartida en Dropbox.

5.5 NO SE TRATA DE CESIÓN DE DERECHOS, SINO DE LICENCIAMIENTOS

Un comportamiento contractual frecuente hacia los consumidores es la especificación sobre la naturaleza de su relación como una situación de licenciamiento de uso de un programa de computación, representando esto en cierta medida una claridad adicional sobre la no cesión de los derechos patrimoniales. Son situaciones contractuales en las que se hace evidente el esfuerzo por sobrellevar las características complejas del *software*, como por ejemplo la advertencia contractual habitual de que no se trata de una “venta”, por oposición a la confusión en varios contratos en los que evidentemente se trata una situación de licenciamiento sobre algún derecho como “venta”, generando la posibilidad de confusión de la “venta” implícita de un soporte material con la “venta” de un derecho inmaterial.

Sonic y sus otorgantes de licencia son propietarios y retienen todo derecho, titularidad y (excepto según se otorgue explícitamente en la presente licencia) intereses con respecto al Software, y todas las copias y partes del mismo, así como de cualquier obra derivada del mismo (sea quien sea el autor). El Software está protegido por la legislación de derechos de autor y por los tratados internacionales sobre derechos de autor, además de otra legislación y tratados sobre propiedad intelectual. Sin perjuicio de otras disposiciones, el Software se otorga bajo licencia y no en concepto de venta. Sonic y sus otorgantes de licencia se reservan todos los derechos sobre el Software que no se hayan conferido específicamente bajo el presente Contrato.¹⁹¹

En oposición, un caso de confusión evidente sobre la naturaleza del bien, que naturalmente ensombrece la claridad sobre la naturaleza de las prestaciones:

“EL CONTRATISTA se obliga con el MINISTERIO a suministrar un software de gestión corporativa y de calidad, con licencias de uso, prestación de servicios de instalación, capacitación y soporte técnico [...] suscribir el acta de entrega y recibo del software objeto del presente contrato [...] Sustituir las partes elementos y licencias de uso del software que llegaren a presentar imperfectos [...] entregar el número de licencias de uso permanente y nominativas [...].¹⁹²

191 Cfr. Ficha Nro. 101 Documento de fuente primaria: “*Contrato de licenciamiento de software para usuario final.*” Contenido en carpeta compartida en Dropbox.

192 En este caso, de forma extrema se le está dando al *software* el tratamiento que se le daría a cualquier bien intangible. Cfr. Ficha F 18[Se agregaron los subrayados]. “*Contrato para la adquisición de un software de gestión corporativa y de*

En este otro caso encontramos mayor claridad conceptual:

El Sistema de Diligenciamiento de Información, STORM© User 2.2, es un software adquirido por la Superintendencia de Sociedades, bajo la modalidad de licencia de uso perpetua e ilimitada, y que es proporcionado, sin costo, a las empresas sometidas a su supervisión en la República de Colombia, como una herramienta para diligenciar la información de forma digital requerida por la entidad.¹⁹³

Esta circunstancia demuestra que existen categorías de contratación en que la forma de efectuarse las cargas prestacionales ha impuesto lógicas como las de la compraventa de bienes, que en última instancia llevan a que los involucrados en la negociación en ocasiones interpreten las operaciones de autorización de ejercicio de algún derecho sobre la obra —la reproducción, por ejemplo— como una actividad económica de transferencia de propiedad.

5.6 SOFTWARE POR ENCARGO: RESOLUCIÓN DE PROBLEMAS INTERNOS

En el *software* por encargo, bien sea en el marco de los acuerdos orientados a la producción de desarrollos o de productos a pedido específico de los usuarios, en la mayoría de los casos la estructuración de la distribución de los derechos de propiedad queda en silencio, como señal de optimización de los intereses de quien solicita *software* por encargo, cuando este es la compañía “fabricante”, que se dirige al dependiente, o cuando se trata de un consumidor con un mayor poder de negociación (caso de las contrataciones públicas para el diseño¹⁹⁴ y/o desarrollo de sistemas de información o de los proyectos académicos, en los cuales el ente universitario podría ser asumido como el solicitante del trabajo).¹⁹⁵

calidad, con licencias de uso, prestación de servicios de instalación, capacitación y soporte técnico para su implementación...”. Material en carpeta compartida con el lector en Dropbox.

193 Cfr. Ficha Nro. 103 “*Licencia de uso, Sistema de Diligenciamiento de Información. STORM© User 2.2*”. Documento acopiado de fuente de primer nivel en trabajo de investigación, referencia y fichaje compartido en carpeta de Dropbox.

194 Casos relevantes en las fichas F 3, F 5, F 9, F 11, F 12, F 13, F 16, F 20, F 23, F 41, F 42, F 86, F 108, F 113. En carpeta compartida en Dropbox.

195 Véase por ejemplo el documento obrante en la Ficha Nro. 131: “*Contrato de cesión de derechos patrimoniales...*”, el cual, por lo que emana de su contenido, evidencia de manera clara la derivación de un encargo a través de la aprobación de proyectos de investigación. Documento y ficha en carpeta compartida en Dropbox.

Algo muy distinto ocurre cuando la parte fuerte de la contratación es la compañía de *software* que actúa llevando a cabo “desarrollos a la medida” para consumidores de un *software* estándar. En estos eventos, la productora del *software* pretende apropiarse de los derechos patrimoniales bajo el entendido que todo desarrollo le pertenece, pese a la ayuda e instrucciones de sus clientes.

Esto obviamente surge y está marcado por las diferencias en la carga de información en manos de las partes contratantes, que conciben los pactos contractuales como herramientas para la creación de propiedad según el nivel de conocimiento y poder que tienen en el evento de las negociaciones.

A continuación se presenta una visión meramente ilustrativa del primer grupo de negociaciones que deben ser escenificadas por oposición al segundo, en las que se establece el deber de desarrollar por encargo, bajo supervisión, pero se omite la titularidad de los derechos patrimoniales, como en el caso del “Contrato 004”.¹⁹⁶ De aquellos contratos en los que de manera explícita se otorga esa titularidad al solicitante de la obra, podría presentarse como ejemplo el siguiente:

La información que EL CONTRATISTA manipule en razón de sus actividades será de tipo confidencial. Además, los informes que produzca durante su gestión (incluye los resultados de las actividades contratadas) serán de propiedad intelectual del INSTITUTO. Por el presente contrato, EL CONTRATISTA cede al INSTITUTO los derechos patrimoniales que pueda tener sobre los mismos.”¹⁹⁷

Este otro también ilustra la misma situación:

“Los derechos patrimoniales de autor de todos los productos del presente contrato serán de propiedad del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA.”¹⁹⁸

Naturalmente, también se presentaron algunos casos excepcionales en los cuales, por ejemplo, los principios de contratación pública debieron ceder a los derechos de autor, por diseños de estrategias contractuales en las que el solicitante de la obra por encargo, o bien adquiriría un *software* estándar o bien no permitió que

196 Cfr. Ficha Nro. 13. Documento denominado: “Contrato 004”. Contenido en carpeta compartida de Dropbox.

197 Cfr. Ficha F 16. “*Contrato de Prestación de Servicios*”. Documento obtenido de fuentes de primer nivel, contenido en carpeta compartida en Dropbox.

198 Cfr. F. 41. Documento de fuente primaria denominado: “*Contrato Nro. 4*”. Contenido en carpeta compartida de Drazopbox.

la titularidad de los derechos patrimoniales se le generara de conformidad con el art. 20 de la Ley 23 de 1982, en virtud de estructuraciones contractuales por encima de dicha norma supletiva:

1) La SUPERINTENDENCIA tiene necesidad de contratar el suministro de la actualización y soporte técnico para el software ORION; 2) De conformidad con lo preceptuado en el literal a) de numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 17 del Decreto 2170 del 2002, dicho suministro se tramitó como contratación directa bajo el código CD.003-2007; 3) Se publicó el Aviso Nro. 3 de invitación a cotizar del seis (6) al doce (12) de marzo de 2007, en un lugar visible de la SUPERINTENDENCIA; 4) Para tal efecto se invitó a presentar propuesta a la sociedad PRAGMATICA SOFTWARE LTDA., productor del aplicativo ORION, según certificado de registro de soporte lógico, expedido por el Ministerio del Interior y Justicia, Dirección Nacional de Derecho de Autor, de fecha once (11) de mayo de 2004, en el cual aparece que dicha sociedad es titular del derecho patrimonial de ORION, que es la denominación que tiene el software objeto del contrato [...].¹⁹⁹

5.7 LA CESIÓN DE LOS DERECHOS DE DISTRIBUCIÓN Y EL CANAL DE DISTRIBUCIÓN

Como pudo encontrarse teóricamente en el apartado 1.3 y podrá observarse en el apartado 5.10 de este trabajo, existe conexión entre el derecho de la competencia y la distribución del *software* como tal. Dicha conexión conlleva a que en el ejercicio de exclusión que se implementa vía protección de los derechos de propiedad, los fabricantes celebren contratos de licenciamiento para la distribución sin miras a las transferencias definitivas de los derechos patrimoniales inherentes.

Pese a ello, una vez hay lugar a la cesión definitiva de tales derechos, los antiguos titulares incurrirían en prácticas impropias en el contexto de la competencia si, aprovechando las facilidades del intangible, negociaran nuevamente el mismo o adelantarán conductas de alteración para su incursión en el comercio. Esto coincide con lo dispuesto en la regla general de proscripción de conducta en materia de competencia, prescrita en el art. 7 de la Ley 256 de 1996.

199 Cfr. Ficha Nro. 24. Documento de fuente primaria denominado: “*Contrato de suministro suscrito entre la Superintendencia Financiera de Colombia y Pragmatica Software Ltda.*” Contenido en carpeta compartida de Dropbox.

En vista de lo anterior, en el marco de transferencia de derechos patrimoniales vía cesión, ciertas convenciones contractuales se hacen innecesarias bajo la idea de que el cedente que utilice las fuentes del programa transferido para producir otro *software* en apariencia distinto de cualquier manera estaría infringiendo la buena fe comercial, y se presenta en el marco de una actuación con fines claramente concurrenciales.

5.8 LAS EXCEPCIONES Y LIMITACIONES A LOS DERECHOS DE AUTOR EN EL CASO DE LOS PROGRAMAS DE COMPUTACIÓN

Adicionalmente, las excepciones y limitaciones vistas arriba y derivadas de la normativa de derechos de autor en Colombia son insuficientes para generar situaciones de eficiencia en el balance de la tensión entre los incentivos a los creadores-fabricantes y los derechos de acceso a la información de la comunidad. Esto no ocurre porque se requiera más normativa sino, por el contrario, porque para dar mayor laxitud y oportunidad a la realización de utilidades sociales más altas se requiere, en el caso concreto de los programas de computadora, otorgar un más amplio margen a las excepciones, de forma tal que moderen los efectos de la existencia de derechos patrimoniales y morales prolongados muy por encima del momento de obsolescencia técnica de los productos informáticos.

En efecto, mientras en otros ordenamientos jurídicos se ha planteado la preocupación de estructurar regulación casuística de situaciones excepcionales y de limitaciones a los derechos de restricción tecnológica y a DRM (*Digital Rights Management*, en español Gestión de Derechos Digitales), por ejemplo del DMCA (Digital Millennium Copyright Act) norteamericano, en el contexto colombiano se ha mantenido lo definido en la legislación nacional y el capítulo VIII de la Decisión 351 de la CAN, en donde existe escasa y genérica alusión a cinco casos de excepción (necesidad de uso del programa, fines de archivo, copia de seguridad, depósito en la memoria del computador y adaptación para exclusiva utilización).²⁰⁰ Esto con el agravante de la existencia y vigencia de un tipo penal en nuestro ordenamiento jurídico que criminaliza la evasión a las medidas de protección tecnológica (art. 272 num. 1 del CP).

200 Cfr. arts. 24 a 27, Decisión 351 de la CAN.

El régimen de excepciones para el caso de *software* en el contexto jurídico colombiano es superior al norteamericano desde el punto de vista de la sistemática, en la medida que da lugar a texturas abiertas útiles para incluir casos que deriven de las novedades tecnológicas, como la necesidad del acto de copia o adaptación para la utilización del programa o el depósito en la memoria del computador. Pese a lo anterior, omite otros puntos necesarios de creación de espacios de permisividad en lo que respecta a la excepción de los derechos de autor, como la posibilidad de utilizar los programas cuando su período de obsolescencia comercial ha transcurrido sin que esto implique una vulneración a derechos de autor. Situación diferente a la copia o adaptación, pues esta se refiere a los casos en que ya existe un licenciamiento previo.

Una situación ilustrativa de lo que aquí se reseña es, por ejemplo, el caso de los procesadores de texto obsoletos, diseñados para ser utilizados en plataformas de sistemas operativos fuera de mercado o cuyas prestaciones lucen muy limitadas en conexión con los actualmente privativos y existentes, e incluso frente a los de fuente libre y gratuitos como el *writer* de Oppenoffice.

En qué medida afecta al mercado con capacidad adquisitiva y que demanda procesadores de texto más modernos, que el *software* privativo o pasado de hace quince o veinte años pueda ser utilizado y alterado gratuitamente por usuarios para su utilización no comercial (lo que no quiere decir necesariamente “personal”).

Objeciones como las referentes a la falta de interés en invocar derechos patrimoniales por parte de las compañías productoras del *software* obsoleto no pueden inhibir la necesidad de aclarar la pertinencia de este tipo de excepciones, pues el sistema institucionalmente establecido impondría deberes de indemnización a los que llevaran a cabo el uso de estos sistemas, imponiendo costos prohibitivos que simplemente los dejaría por fuera del acceso a las prestaciones de tales programas, o accediendo a otros que pese a la condición de gratuitos no resultan interesantes para estos usuarios.

Esta situación ha sido tenida en cuenta en lo que respecta a excepciones a las prohibiciones de evadir medidas tecnológicas tratadas en el DMCA reglamentadas

por la Biblioteca del Congreso de Estados Unidos,²⁰¹ pero en lo que tiene que ver con la evasión de medidas tecnológicas de restricción sobre el *software* obsoleto, siendo que en nuestro medio la extensión conferida a los derechos de autor va mucho más allá de la obsolescencia de dichos productos.

Esta situación tampoco será resuelta ni prevista por medio de contratos, porque la actuación racional de los agentes intervinientes en la condición de fabricantes consistirá en la restricción por el máximo de tiempo posible de la socialización o dominio público de los derechos de uso, si el aparato institucional de derechos de autor confiere la posibilidad de obtener ganancias económicas de este tipo de explotación. En efecto, como podría preverse, en varios de los contratos se establece por medio de estipulación la prohibición que conlleva a la responsabilidad por incurrir en medidas de evasión de parte de los usuarios a las restricciones tecnológicas para acceder por ejemplo a los códigos fuente:

Usted no podrá utilizar técnicas de ingeniería inversa, descompilar ni desensamblar los Componentes de so, incluyendo cualquier códec o protocolo asociado a los Componentes de so, excepto y únicamente en la medida en que dicha actividad esté expresamente permitida por la legislación aplicable, no obstante la presente limitación.²⁰²

En otro caso se encuentra la siguiente cláusula:

QUINTA: PROHIBICIONES AL EMPRESARIO. EL EMPRESARIO tiene prohibidas las siguientes conductas sobre los ejecutables proporcionados con ocasión del presente contrato:

[...]

1. La utilización de cualquier procedimiento de ingeniería o de cualquier otra índole que altere la estructura de la base de datos.

2. Descompilar, separar o llevar a cabo cualquier maniobra de desensamblaje de los códigos ejecutables de YIREH o cualquiera de los programas propiedad de G. & S. INTEGRO LTDA. con los que tenga contacto.²⁰³

201 Cfr. Rodríguez, 2004: 186.

202 Cfr. Ficha Nro. 33. Documento obtenido directamente de uno de los suscriptores (fuente de primer nivel): “*Contrato complementario para licencia de usuario final*”. Ficha e información disponible en carpeta compartida en Dropbox.

203 Cfr. Ficha Nro. 72. Documento obtenido directamente de uno de los suscriptores (fuente de primer nivel): “*Contrato de Suministro de Ejecutables*”. Ficha e información disponible en carpeta compartida en Dropbox.

De igual forma, se observa la siguiente cláusula:

Usted no puede:

(a) copiar la documentación que acompaña al Software;

(b) otorgar licencias de uso, alquilar ni arrendar el Software ni ninguna de sus partes; utilizar técnicas de ingeniería inversa, descompilar, desensamblar, modificar, traducir, realizar intento alguno de descubrir el código fuente del Software, ni crear productos que se deriven del mismo [...].²⁰⁴

5.9 LAS COPIAS PARA USO PRIVADO

La autorización que extiende el art. 37 de la ley 23 de 1982 representa problemas al entendimiento de la legalidad de copias que son expedidas para el trabajo interno en el seno de una red empresarial, pues en la distinción doctrinaria entre uso personal y uso privado, habría lugar a tomar el uso otorgado por una compañía como uso privado.

En este orden de ideas, las copias hechas en el seno de una compañía podrían significar el ejercicio de dichos derechos, dando lugar a casos relevantes como la disputa entre Lotus Development Corporation, Microsoft Corporation y Wordstar International Incorporated, Contra El Banco Central Hipotecario.²⁰⁵

5.10 DERECHO DE LA COMPETENCIA VS DERECHO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Un evento ilustrativo sobre el potencial regulador de la actividad sobre el *software* que tienen otras ramas del derecho, se observa en casos como la disputa *Connectu Inc. vs Facebook Inc.*,²⁰⁶ en la que la argumentación de vulneración a los derechos de los titulares de los códigos fuente no consistió únicamente en la ruptura de la legislación de *copyright*, sino que se extendió a pretensiones en el marco del

204 Cfr. Ficha Nro. 114. Documento obtenido directamente de uno de los suscriptores (fuente de primer nivel): “*Contrato de licenciamiento de software*”. Ficha e información disponible en carpeta compartida en Dropbox.

205 Rengifo, 1997: 227.

206 *Connectu Inc. Vs. Facebook Inc. et al.* United States District Court for the District of Massachusetts. Caso: 1:07-cv-10593-DPW. Texto demanda obtenido en: <http://dockets.justia.com/docket/massachusetts/madce/1:2007cv10593/108516/>

derecho de la competencia, de la vulneración a la buena fe, del enriquecimiento sin causa y de la usurpación de secretos industriales.

En efecto, las circunstancias de vulneración a los derechos de los productores de *software* no están limitadas, y dependen en gran medida de las circunstancias de hecho y de derecho que surjan en torno a la relación contractual o extracontractual existente entre quien amenazó derechos de propiedad de otro y el amenazado.

En este orden de ideas, aquí ya se presentaron las potenciales circunstancias de amenaza a intereses de los fabricantes de *software* avizoradas con fundamento en sus construcciones contractuales usuales.

No es de extrañar la ausencia de cláusulas de respeto a deberes de confidencialidad en los diferentes contratos reunidos durante el proceso de investigación (se encontró únicamente una cláusula explícitamente referida a los deberes de confidencialidad, pese a otra variedad de referencias a estos deberes dispersas en diferentes cláusulas),²⁰⁷ dado el esquema institucional normativo de acuerdo con el cual las conductas de elusión a medidas de restricción tecnológica constituyen delito (art. 272 num. 1 del CP), lo que conlleva a que la simple descompilación de ejecutables pueda dar lugar a efectos legales nocivos, incluyendo las consecuencias patrimoniales provenientes de los deberes de indemnización por parte de los infractores de la ley penal. Por otro lado, para casos que no representan necesariamente elusión a medidas tecnológicas, como en los contratos de realización de *software* por encargo, el peligro de divulgación de las fuentes en parte también emana de las características de los derechos inherentes a los autores por la subsistencia de los derechos morales de autor, y se ve protegido por las normas que establecen indemnizaciones a favor de los titulares de los derechos patrimoniales para el ejercicio de derechos morales como la modificación, y en tipos penales que sancionan la vulneración a derechos patrimoniales sobre obras (art. 271 del CP).

Pese a todo lo anterior, existe otra fuente de protección más por resolver desde la faz normativo-penal o de la estipulación contractual en materia del *software*, como se advirtió de entrada, y es la inherente al derecho de la competencia.

207 Cfr. ficha 61 Ficha e información disponible en carpeta compartida en Dropbox.

En efecto, la materia de la competencia desleal salvaguarda la concurrencia de las empresas en el mercado evitando todo tipo de daño a la competitividad o el aprovechamiento indebido de los privilegios de mercado o la mayor competitividad. De acuerdo con Velandia,²⁰⁸

El ambiente sano de mercado se afecta cuando: 1. Un comerciante concurre de manera inapropiada al mercado creando para sí un enriquecimiento sin causa derivado del uso del derecho ajeno, independientemente de si le causa daño a otros, y 2. Cuando se afecta la concurrencia de un comerciante al mercado causándole daño.

En el primero de los casos se presenta enriquecimiento derivado de los derechos de otros, sin que necesariamente se ocasione un daño a la credibilidad del usurpado. En el segundo, se afecta la competitividad causándose daño. En el primero de los casos podría encontrarse perfectamente la explotación de los derechos de propiedad intelectual sobre obras informáticas por parte de los competidores o potenciales competidores que sin mediar una justa causa legal explotan indebidamente tal propiedad patrimonial. En el segundo, a partir del estudio de potenciales vulneraciones a los deberes de lealtad, podrían estar algunos de los casos considerados como actos de deslealtad por violación de las normas (art. 18 de la Ley 256 de 1996), actos desleales de imitación (art. 14 de la Ley 256 de 1996), actos desleales de violación de secretos (art. 16 de la Ley 256 de 1996), así como también podría implicar la prohibición genérica enmarcada en el abuso del derecho (art. 7 de la Ley 256 de 1996).

Todas, situaciones concretas en que la institución de la competencia desleal puede ofrecer soluciones a problemas de estrategias de apropiación de intangibles informáticos.

208 Velandia, 2008: 32.

6. ¿POR QUÉ LA PROPIEDAD DEL SOFTWARE NO RESISTE LA APLICACIÓN DE NORMATIVA DERECHOS DE AUTOR *MUTATIS MUTANDI*?



[...] *errar es humano, pero si querés (sic) hacer un verdadero desastre, necesitas una computadora*".
Un chiste popular, citado por Heinz, 2007.

El primer factor catalizador de la elucubración en torno a la política legal sobre la viabilidad o no de replantear la teoría tradicional en materia de contratación de *software* parte de la diferencia entre lo que hemos llamado en el presente trabajo apropiación común y la apropiación no rival del *software*.²⁰⁹

Dada la imposibilidad de agotamiento del producto informático cuando es realizada una autorización para su uso, y la ausencia de exclusión de otros cuando se otorga el mismo (a no ser que derive de emanaciones contractuales mismas), los productos informáticos suelen distribuirse de manera no rival, generando problemas de riesgo moral de parte de los dependientes de los “propietarios” de las fuentes, así como de sus clientes, por lo que nace la restricción al acceso a dichos códigos (fuentes) con el objeto de imposibilitar la presencia de agentes *free rider* que obtengan ganancias económicas de productos que implicaron únicamente costes para su productor original. Pero, tal circunstancia no se presenta en todos los casos; así, por ejemplo, en la comercialización y contratación en torno a *software libre*, el producto no rival y no exclusivista está siendo distribuido por cualquier *usuario* con acceso al mismo, lo que hace nacer otras peculiaridades en la percepción de su regulación jurídica, y que permite una construcción paralela a la de la regulación de relaciones convencionales.

209 Para ampliar sobre estas características (rivalidad y exclusividad) cfrPérez Gómez, 2010: 9. De igual forma y por remisión de la autora, puede consultarse Menell, 2002: 136-141.

Sea lo primero advertir que el uso del aplicativo, al no exponer al resto del mercado a su restricción (a no ser que exista limitante contractual pactada entre un usuario exclusivo y su proveedor), representa la obtención de beneficio para los individuos que se valen del mismo, sea que hayan realizado o no una inversión patrimonial con carácter remuneratorio. Es más, la excesiva divulgación de un material informático en la mayoría de los casos genera externalidades positivas para los usuarios previos en lugar de daño alguno (en la medida que facilita economías de escala para las empresas productoras); la consecuencia directa de la existencia de una protección al trabajo depositado en la creación de códigos fuentes radica principalmente en el estímulo a los desarrolladores para proveer de soluciones informáticas. Dicho estímulo no desaparece en el caso de los programas de *software* libre, en la medida que se permite el acceso de un productor secundario a una cadena de valor, con el propósito de que este se valga de su valor agregado para “vender” aplicativos nuevamente (conceder licencias de uso), con la finalidad de obtener remuneración a su trabajo prestado. Naturalmente, en el último caso se da una suerte de agotamiento del mercado derivada de su deber de difusión de la fuente abierta, con los cambios insertados, para que otro agente que desee agregar valor pueda intervenir, con el trabajo del último agente secundario, agregando más valor al producto y “vender” aplicativos nuevamente obteniendo beneficio de tales actos.

Ahora bien, debido a lo anterior se debe verificar en qué medida una legislación regula estos fenómenos como de transferencia ordinaria. El marco legal del *software* implica el cubrimiento de deberes implícitos de garantía sobre la falla del producto en su operación y la responsabilidad del licenciado en uso sobre la posibilidad de concesión múltiple de la cosa, como elementos obligacionales simétricos, por lo que en primera instancia habría que verificar la idoneidad en materia de eficiencia de esta propuesta; de donde se tiene que existen deberes de indemnización derivados de la Ley 23 de 1982 por la utilización no autorizada, generándose, a través de las normas, incentivos para el respeto al derecho a lucrarse de la actividad invertida en la producción. Pese a lo anterior, se desatiende la propensión de riesgo moral implícita en la naturaleza de los bienes o servicios en transacción, que nace de la dualidad “cosa-fuente y cosa-aplicativo”, que no poseen bienes como los libros supeditados a la misma legislación. En efecto,

la explotación fraudulenta de una obra literaria generalmente se presentaría a través del proceso de copiado o plagio de un contenido escrito en una acción de reedición, la cual podría asimilarse a un proceso de copiado de instaladores con el contenido de aplicativos para la reinstalación en otros equipos de cómputo. No obstante, el procedimiento de plagio de las fuentes implica la copia de los algoritmos que logran la realización de las tareas de una determinada manera y de las órdenes implícitas en el aplicativo. En el caso de un texto literario, esto se equipararía a la idea del autor, que como tal no está protegida, al no implicar plagio la realización de nuevas obras literarias con una estructura o influencia similar, una idea principal igual y un desarrollo de trama con cierto paralelismo.

Dado lo anterior, y debido a la viabilidad de explotación de este producto interno, que genera el subproducto externo para el público, la pregunta sobre la negociación en torno al producto interno, en el *software*, ha demandado sociológicamente identificar al mismo como una cosa “vendible”, llevando a que en los contratos utilizados se descubran tipologías como la “venta” de *software* con el fin de representar la necesidad de rivalidad que tiene el consumidor en relación con el mismo, dado el daño que acaece con la divulgación en su caso específico, que puede verse representado en los siguientes eventos:

- a. Cuando su intencionalidad es explotar la venta de aplicativos, le restringe al mercado que la “*misma idea*” (código fuente) sea utilizada por otros aplicativos.
- b. Cuando su intencionalidad es la utilización exclusiva del aplicativo (caso del licenciamiento exclusivo), le significa menor utilidad que otros utilicen el mismo sistema de información, que de alguna manera otorga ventajas comparativas a la empresa en cuestión.
- c. Cuando su intencionalidad es la utilización privilegiada del aplicativo (caso del licenciamiento común o de los contratos de “arriendo” de aplicativos), el hecho de que otros utilicen el mismo sistema de información de forma libre, sin presentarse barreras de entrada a su uso (precios), le significa menores utilidades.
- d. Cuando su intencionalidad es el mejoramiento de tiempos de respuesta, procesos o técnicas, le significa una excesiva y asimétrica carga, el que otros

que también se beneficiarían de tales avances no remuneren la actividad del que los genera (productor-diseñador de *software*) en el contexto del incentivo a la actividad lucrativa.

Como puede observarse en todos los anteriores casos, el estímulo a la producción de *software*, que redundaría en el cubrimiento de necesidades de agentes específicos, exige mecanismos para la remuneración a los grupos empresariales, ingenieros y técnicos que invierten su tiempo, conocimientos y esfuerzos (costo de oportunidad) en el diseño, incluso en el caso de *software libre*.

CONCLUSIONES

Parece entonces que la inalienabilidad descansa en la moral convencional y en filosofías políticas que destacan valores distintos de la eficiencia de Pareto.

Robert Cooter y Thomas Ulen, 1998: 196.

Este trabajo de investigación comenzó con el propósito de generar “teoría de contratos de *software*”, planteamiento inicial que posteriormente, durante el desarrollo del proyecto y con fundamento en la asesoría y experiencias de la ejecución misma, acabó transformándose. Esto obedeció a la conclusión implícita que se revela en este primer aparte: la teoría tradicional de la contratación no es la que se ve afectada con la experiencia especial que surge de los programas de computadora como bienes creados por el derecho. El problema avizorado en realidad radica en la normatividad sustancial que regula la propiedad intelectual y en cómo esta se encuentra afectada o transformada por los avances y prácticas que surgen con el advenimiento del *software*. La pregunta: ¿es posible un discurso teórico-jurídico específico sobre los contratos que tienen por objeto el *software*, a partir de la eficiencia como máximo de elaboración teórica o, por el contrario, es viable la asimilación de las negociaciones de los agentes del sector informático en un análisis jurídico usual gracias a los conceptos de la teoría tradicional del negocio jurídico y de las obligaciones aplicados a los contratos? Se responde a favor de lo último, si se toma el problema de la propiedad intelectual y los efectos de dicha regulación como aislados del objeto regulado. Por el contrario, tomando en cuenta su verdadera relevancia hay que concluir que no solo es posible la construcción de un discurso a partir de la eficiencia como máximo de elaboración teórica, sino uno mejor para los intereses de los partícipes, quienes han desplegado complejas estrategias para lograr las transferencias de derechos que de cualquier manera pretenden realizar en el mercado.

El soporte lógico de los programas de computadora como bien objeto de negociación impone nuevos retos a las formas de pensar, no el negocio jurídico

como tal, ni la teoría tradicional sobre el mismo, sino la teoría del negocio en materia de propiedad inmaterial. En efecto, la variación “*mutatis mutandis*”, de la regulación aplicable a obras de tipo literario, genera un amplio espectro de insatisfacción para la resolución de múltiples riesgos que pueden acaecer en las relaciones entabladas.

En la misma línea, es preciso observar cómo la regulación de derechos morales de autor, que algunos miembros de la doctrina consideran “impracticable” en materia de *software*, para nosotros resulta ineficiente en sentido económico, lo que no significa necesariamente que sea “impracticable”, pero sí que sus efectos pueden significar un despropósito a la luz de criterios de evaluación normativa del AED. Ello deja entrever cierta racionalidad económica implícita en los autores dogmáticos que pregonan la “impracticabilidad”.

Dicha circunstancia de ineficiencia con costos prohibitivos que impone la regulación de derechos morales a los partícipes de transacciones sobre *software*, conlleva la necesidad de una reforma, o de una relativización de los principios de protección al aspecto afectivo-espiritual y “humano” de las obras. Lo primero encuentra resistencias, pero es una necesidad para la construcción de un marco jurídico que permita la asignación de recursos conforme a las valoraciones de uso que los individuos otorgan a los bienes en el mercado, sin el ruido generado por los costos de transacción impuestos por el sistema de protección de la propiedad intelectual arraigado a la idea de un vínculo entre el autor y su obra y por ello construido sobre la idea basal de una protección que debe ir más allá de lo económico. Lo segundo, tiene eco en la forma como la doctrina ha entendido la aplicabilidad de los derechos morales a las transacciones sobre inmateriales informáticos y en la forma en que los partícipes de relaciones jurídicas sobre tales objetos han construido sus contratos.

No es gratuito el desentendimiento que se ha presentado entre las formas de contratación y el sistema de derechos como se encuentra institucionalmente construido en nuestro medio, ni que muchos copartícipes de contratos digan “vender” cuando en nuestro sistema de instituciones entendemos que “son licenciados para usar”, o que transfieran de forma definitiva sus derechos sobre

obras con sofisticados aditamentos contractuales que conducen a una práctica renuncia a los derechos morales con excepción de los muy básicos principios últimos de dichos derechos.

Quizás el problema no se encuentra en que “no se entiendan” las figuras que regulan esta forma de propiedad, de monopolio, de conexión entre los autores y sus obras, sino también en que no se quiera entender porque no facilita las transacciones que se producirían en un mundo sin la fricción que producen los costos institucionales, porque tanto el contratante como su contraparte contractual valoran de forma disímil el bien inmaterial, los derechos o prerrogativas que pretenden transferir.

En todo caso, la ineficacia de la norma en algunos aspectos no vicia su validez, tal y como se ha entendido en nuestra tradición jurídica, lo que implica que pese a que pretenda tildársele de impracticable, la regulación de derechos morales sigue imponiendo costos de transacción a la negociación sobre intangibles informáticos, que pueden traducirse en problemas de desinversión y desincentivo a la productividad en tal sector.

Esto no es una invitación a la desaparición del reconocimiento a valores más allá de los económicos de conexión entre los autores y sus obras, pero sí a una razonabilidad mínima que consulte los orígenes de las instituciones y su finalidad tuitiva. Casi de manera generalizada, en el universo de los programas de computación prima sobre el criterio de la conexión espiritual entre el autor y su obra, la necesidad de resolver problemas de manera pragmática o de proporcionar medios de información o entretenimiento (casos de la multimedia y los videojuegos). Siendo así, muy poco margen queda para discursos sobre una íntima conexión entre el autor y la obra, o respecto a que “la obra es reflejo de la personalidad del autor”.

Quizás ante los recientes avances de la informática, y en vista de la tendencia claramente utilitaria de los productos de soporte lógico, sería necesario llegar a un punto medio en lo que respecta a los derechos morales (como lo están haciendo los países anglosajones, que han partido de su desestimación y actualmente le otorgan

reconocimientos limitados),²¹⁰ podría desaparecer la idea de irrenunciabilidad a los mismos en el sistema jurídico, dejando subsistir algunos derechos como el correspondiente al reconocimiento a la paternidad de la obra, no sin antes permitir que dicho derecho pueda ser también sujeto a transacciones económicas como en el caso de los “*ghost writers*” o el de los desarrolladores anónimos de *software*.

Es preciso ahondar, sin prejuicios normalmente generados por nuestra tradición jurídica formalista continental, el estudio de los efectos que sobre la eficiencia económica produce la aplicación de la normativa en materia de derechos morales, y si esta tipología de derechos, al menos para los bienes inmateriales que nos interesan, permiten o no que fluyan las operaciones, negociaciones y actos en ejercicio de libertad sobre los mismos.

Forzar a los individuos a incurrir en transacciones consideradas para la ley como ilegales o con efectos de nulidad absoluta por ilicitud del objeto, cuando las situaciones de derecho realmente perjudicadas son de su exclusivo interés y tienen efectos netamente patrimoniales, significa de algún modo una restricción a las libertades negativas o a la potestad de impedir la indebida intromisión del Estado en aspectos inherentes al desarrollo de nuestra personalidad, potencialidades y al ejercicio libre y legítimo de la empresa. Cualquier estructura de derechos de propiedad que impide transacciones cuando únicamente afectan a los individuos involucrados y desde el ámbito netamente patrimonial, desemboca en una restricción indebida a los derechos individuales.

Otro problema diferente es el de la negociación en condiciones de desigualdad, que pueda verse reflejada en abuso del derecho de parte de los contratantes poderosos. Para este tipo de situaciones, que también restringen la libertad, se erigieron y continúan existiendo las instituciones de protección, que de ninguna manera pueden reiterarse en la proscripción directa o implícita en el trasplante

210 Cfr. Rengifo, 1997: 153. La legislación inglesa de *Copyright Designs and Patents* de 1988, que para armonizar con lo previsto en el art. 6 bis del Convenio de Berna, estableció los derechos morales de una manera moderada y sin las rígidas características de nuestro sistema, reduciéndolos a los siguientes: a ser identificado como autor o director de la obra, a objetar tratamientos inadecuados del trabajo, a mantener en reserva ciertas fotografías y material filmico y a reclamar paternidad en eventos de falsa atribución. Por otro lado, Estados Unidos al adherirse al Convenio de Berna profirió la ley denominada *Berna Convention Implementation Act* de 1988, y definió la noción del derecho moral de autor excluyendo expresamente su reconocimiento en la ley interna de *copyright*.

de normativa aplicable a los derechos de autor en asuntos literarios sin afectar también la libertad de negociar con un menor riesgo de agencia sobre los derechos definitivos en un programa de computación.

Por otro lado, y pese a la existencia de interpretaciones del art. 23 de la Decisión 351 de la CAN, que pretenden darle el efecto de limitar los derechos morales aplicables en materia de *software*, no se encuentra satisfactoria la respuesta de la normativa comunitaria, puesto que no restringe de manera clara las facultades morales, reenvía al Convenio de Berna y no significa, pese a la alusión sesgada a las facultades morales de que trata la ley 23 de 1982, una derogatoria de las prerrogativas que trae dicha ley y que exceden a las de la Decisión 351. La evidencia de lo acomodada a una racionalidad económica implícita de tal interpretación (por razones de ineficiencia),²¹¹ se avizora fuertemente en el hecho de que se omite el art. 12 de la propia Decisión 351 conforme al cual las legislaciones internas pueden reconocer otros derechos morales, que sería lo que haría la Ley 23 de 1982 en conc. Con el art. 2 de la misma, que sin mencionar directamente hace inclusivos sus contenidos al caso del *software*. La existencia del art. 20 de la Ley 3 de 1982 tampoco resuelve plenamente los problemas que en el caso del *software* se pueden presentar sobre temas morales, porque no todos los programas de computación son producto de una fabricación común, concentrada y dirigida, sino que en ocasiones se dan casos de delegaciones más concretas o libres, como lo muestra un ejemplo relevante, el caso: Connect U vs Facebook.

Pero los derechos morales y su inviabilidad económica en el caso del *software* no constituyen la única razón que justifique una deconstrucción de las instituciones en torno a la propiedad inmaterial de programas de computación. En efecto, circunstancias de contratación que se considerarían normales en el caso de obras literarias, pese a su tipicidad formal o social resultan inaplicables o inexistentes socialmente, como se ha observado en el acopio de información de la investigación, como por ejemplo el contrato de edición de obras, o las diferentes formas de negociación sobre derechos conexos, a excepción quizás de la autorización para la reproducción y continuación de las obras cinematográficas, por ejemplo en los videojuegos.

211 Cfr. por ejemplo Rengifo, 1997: 235-236.

Desde la óptica del AED y en vista de las múltiples estrategias implementadas contractualmente para mantener la protección a los derechos de propiedad, para resolver la problemática entre incentivos y acceso a la información, deben implementarse desde el punto de vista normativo reglas que propendan, en lugar de fortalecer los marcos sancionatorios sobre la infracción a los derechos de autor o las medidas tecnológicas de restricción, permitir que los autores que lo consideren necesario creen sistemas tecnológicos de restricción, haciendo inversiones sobre los mismos. en busca de su autoprotección.

En efecto, la imposición de prohibición a la elusión a las medidas de protección digital de los soportes lógicos crean situaciones de costo prohibitivo para los usuarios que pretenden hacer usos justos de los sistemas informáticos, entendiendo por usos justos, bajo el sistema que nos cobija, todas las limitaciones y restricciones vigentes a los derechos de autor por razones de políticas públicas.

A su vez la instauración de impedimentos legales a las medidas de autoprotección implicaría un desincentivo a muchos de los autores cuya principal motivación es la obtención de beneficio económico, evitando en muchos casos la transacción o generando situaciones de transacción a precios inferiores de los valorados por los usuarios para los productos informáticos.

La solución de la protección a ultranza no solo se vuelve prohibitiva para los usuarios que pretenden hacer usos justos, sino también ineficiente en términos de utilidad social, porque la privación generalizada del acceso a los beneficios de los sistemas de información, aun para aquellos usuarios con capacidad de compra nula (caso por ejemplo, de menores de escolaridad primaria en instituciones públicas), causaría un daño social innecesario en una situación en la que el acceso a costo cero para usuarios sin capacidad de demanda del producto no afectaría el mercado, siempre que existieran las salvaguardas legales para evitar la conducta abusiva de quienes teniendo la capacidad de acceso y circunstancias no enmarcables en dichos usos justos, pretendan beneficiarse como *free riders*.

Por otro lado, la estructura legal colombiana, bajo el principio del contrato ley para las partes y la libre formación de los actos jurídicos (art. 1602 del Código Civil, art. 4, 822 y 864 del Código de Comercio), da lugar a la creación de un sinnúmero

de mecanismos contractuales en búsqueda de la persecución de la responsabilidad derivada del incumplimiento por vulneración a la titularidad de derechos de otro de los contratantes, que se utiliza como medio disuasivo que opera en el caso de los contratos de *software*, como en el de todos los contratos incompletos, cuando los costos de la negociación de este tipo de cláusulas superan los costos del silencio ante el caso del mutuo incumplimiento. Teniendo esto en cuenta y ante la concurrente observancia de estas cláusulas pese a una estructura de protección institucional, en términos naturales y sin la intervención normativa la situación más eficiente posible es la estructuración de un sistema legal más permisivo, cuando menos en lo que respecta a la elusión de medidas de protección, que fundamente la responsabilidad en situaciones en las cuales se ha hecho inversión efectiva por parte de los proveedores de *software* en proteger de la copia y reproducción no autorizada sus productos, o cuando emane de deberes de lealtad contractual bajo el principio *pacta sunt servanda*.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que dada la forma como se configuran las relaciones de agencia entre los productos y los usuarios de *software*, la intervención normativa en ocasiones parece requerirse, no con miras a la protección de los derechos de los autores, sino por el contrario, de los usuarios; intervención que quizás es más apropiada hoy en día desde el ámbito de los derechos de los consumidores y de los principios generales de la contratación que de la propia regulación de la actividad informática.

Una estrategia dominante se observa en los contratos que involucran relaciones asimétricas o masa entre las compañías productoras de programas de computadoras y sus consumidores o clientes externos: es la apropiación de la propiedad intelectual bajo la idea de la creación de formas de exclusión por medio de las medidas técnicas de restricción, así como también de los mecanismos contractuales y el amparo en las instituciones del derecho en materia de derechos de autor. Dicha orientación se mantendrá porque los costos marginales de la producción de *software* luego de la primera unidad son nulos en la práctica, lo que implica la necesidad de un refuerzo contractual y fáctico a un bien cuya naturaleza no da lugar a comerciabilidad natural.

Todo esto nos conduce a que pese, a la existencia de una estructura institucional fuerte para la protección de las obras tipo *software*, ineficiente en términos de utilidad social, los autores de las obras o las compañías titulares de los derechos patrimoniales del *software* privativo buscarán fortalecer las medidas de exclusión a partir de sus prácticas como estrategia dominante dada la existencia de mercados monopolísticos creados a partir de la normativa con el fin de “incentivar” a dichos actores a la productividad en este tipo de bienes. Dicha estrategia dominante se refleja no solo en la configuración de contratos en relación con los usuarios finales, sino también en todo tipo de relaciones contractuales que tienen por objeto los programas de computación.

BIBLIOGRAFÍA

Alterini, Atilio Aníbal y otros. (2001). *Contratación contemporánea (V.1 Teoría General y Principios)*. Bogotá: Temis.

Alterini, Atilio Aníbal y Roberto López Cabana. (2001). “Contratos Atípicos”. En: Alterini y otros. *Contratación contemporánea (V.1 Teoría General y Principios)*. Bogotá: Temis, pp. 351 – 367.

Congreso de la República de Colombia. (1975). *Ley 48 de 1975*. Diario Oficial No. 40.777 del 4 de marzo. Bogotá.

———. (1982). *Ley 23 de 1982*. Diario Oficial No. 35.949 del 19 de febrero. Bogotá. .

———. (1993). *Ley 44 de 1993*. Diario Oficial No. 40.740 del 5 febrero. Bogotá.

———. (1994). *Ley 178 de 1994*. Diario Oficial No. 41.656 del 29 de diciembre. Bogotá.

———. (1994). *Ley 29 de 1994*. Diario Oficial No. 40.740 del 5 de febrero. Bogotá.

———. (1998). *Ley 463 de 1998*. Diario Oficial No. 43.360 del 11 de agosto. Bogotá.

———. (1999). *Ley 545 de 1999*. Diario Oficial No. 43.837 del 31 de diciembre. Bogotá.

———. (2000). *Ley 565 de 2000*. Diario Oficial No. 43.883 del 7 de febrero. Bogotá.

- . (2000). *Ley 603 de 2000*. Diario Oficial No. 44.108 del 31 de julio. Bogotá.
- . (2006). *Ley 1032 de 2006*. Diario Oficial No. 46.307 del 22 de junio. Bogotá.
- . (2012). *Ley 1520 de 2012*. Diario Oficial No. 48.400 del 13 de abril. Bogotá.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección primera. (1997). *Texto del Fallo Cerlalc/Datalex*. Bogotá.
- Cooter, Robert y Thomas Ulen. (1998). *Derecho y Economía*. Fondo de Cultura Económica. México.
- Corte de Apelaciones para el Noveno Circuito de los Estados Unidos de Norteamérica. (2005). *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. et al. vs. Grokster, Ltd. et al.* Discutido el 29 de marzo de 2005. Decidido el 27 de junio de 2005. Elemento de jurisprudencia norteamericano, traducido al español por Villar, Leopoldo. *Revista La Propiedad Inmaterial* Nro. 13, 2009. pp. 305-340. Bogotá.: Universidad Externado de Colombia. Disponible también en: <http://foros.uexternado.edu.co/ecoinstitucional/index.php/propin/article/viewFile/464/443>
- Foucault, Michel. (1984). *Las palabras y las cosas*. Decimoquinta edición. México: Siglo XXI.
- Gherzi, Carlos A. y otros. (1992). *Contratos Civiles y Comerciales*. Segunda Edición. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Gómez Padilla, Oscar Daniel. (2011). “La validez jurídica de la licencia GPL versión 3 en el marco normativo de los derechos de autor en Colombia”. Monografía para acceder al título de abogado. Medellín: Universidad de Antioquia, Sistema de Bibliotecas.
- Gorbaneff, Yuri. (2003). Teoría del agente-principal y el mercado. En: *Revista Universidad Eafit*, número 125. Medellín, pp. 75-87.
- Guevara López, Luis Ernesto. (2001). *Manual de obligaciones*. Bogotá: Uniboyacá.
- Landes, William y Richard Posner. (2003). *The economic structure of intellectual property law*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.

- . (1987). *Trademark law: and economic perspective. Journal of Law and Economics*. Volumen 30. Octubre. Chicago. 1987, pp. 265-266.
- Laughlin, Robert B. (2008). *Crímenes de la razón (el fin de la mentalidad científica)*. Buenos Aires: Katz Editores.
- Lorenzetti, Ricardo Luis. (2001). “Esquema de una teoría sistémica del contrato”. En: ALTERINI, Atilio Aníbal y otros. *Contratación contemporánea (V.I Teoría General y Principios)*. Bogotá: Temis.
- Márquez Escobar, Carlos Pablo. (2005). *Anotaciones sobre análisis económico del derecho*. Volumen I. Primera Edición. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Menell, Peter. (1991). “Intellectual property: general theories”, B. Bouckaert y G. De Geest (eds.). En: *Encyclopedia of law and economics*, t. 1. Cheltenham, Edwar Elgar, pp. 136-141.
- Nino, Carlos S. (1991). *Introducción al Análisis del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Pinzón Camargo, Mario A. (2010). *Aproximaciones al Análisis Económico del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Posner, Richard. (1987). “The decline of law as an autonomus discipline: 1962-1987”. En: *Harvard Law Review* Vol 100. Harvard University Press, pp. 761-780.
- . (1998). *El Análisis Económico del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Presidencia de la República de Colombia. (1989). Decreto 1360 de 1989. Diario Oficial 38.871 del 23 de junio. Bogotá.
- . (1995). Decreto 450 de 1995. Diario Oficial No. 41.768 del 21 de marzo. Bogotá.
- . (1996). Decreto 162 de 1996. Diario Oficial No. 42697 del 23 de enero. Bogotá.
- . (2000). Decreto 2591 de 2000. Diario Oficial No. 44.263 del 19 de diciembre. Bogotá.

- . (2008). Decreto 1070 de 2008. Diario Oficial No. 46.953 del 7 de abril. Bogotá.
- Rengifo García, Ernesto. (1997). *Propiedad intelectual. El moderno derecho de autor*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Colombia.
- Rodríguez Moreno, Sofía. (2004). *La era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Roemer, Andrés. (1994). *Introducción al análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Salanié, Bernard. (2000). *The economics of contracts*. Cuarta Edición. Massachusetts: Massachusetts Institute of Technology. Smith, Gordon V. y Russell L. Parr. (2004). *Intellectual Property*. New Jersey: John Wiley & Sons, Inc. Hoboken.
- Torres, Mónica (Compiladora). (2000). *Cartilla de derecho de autor en Colombia*. Tercera Edición. Bogotá: Cargagraphics S.A.
- Velandia, Mauricio. (2008). *Derecho de la competencia y del consumo. Anotaciones sobre análisis económico del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

CIBERGRAFÍA

Centro Colombiano de Derechos de Autor. Página web: <http://www.cecolda.org.co/>

Coase, Ronald H. (1960). “The problem of social cost”. En: *Law & Economics* Nro. 1. 1960. [Disponible en: <http://www.eumed.net/coursecon/textos/coase-costo.htm>. Consultado en marzo 12 de 2009.

Comisión del Acuerdo de Cartagena. (1991). Decisión 291 del 22 de marzo de 1991 de la CAN. *Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías*. En: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D291.htm>. Consultado en marzo 12 de 2009.

———. (1993). Decisión 351 del 17 de diciembre de 1993 de la CAN. En: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/d351.htm>. Consultado en diciembre 14 de 2010.

———. (1993). Decisión 345 del 21 de octubre de 1993 de la CAN. *Régimen Común de Protección a los derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales*. En: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D351.htm>. Consultado en diciembre 14 de 2010.

———. (1993). Decisión 351 del 17 de diciembre de 1993 de la CAN. *Régimen Común de Derechos de Autor y Derechos Conexos*. En: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D351.htm>. Consultado en diciembre 14 de 2010.

———. (1996). Decisión 391 del 2 de julio de 1996 de la CAN. *Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos*. En: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D391.htm>. Consultado en diciembre 14 de 2010.

- . (2000). Decisión 486 del 14 de septiembre de 2000 de la CAN. *Régimen común de propiedad intelectual*. En: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D486.htm>. Consultado en diciembre 14 de 2010.
- . (2002). Decisión 533 de la CAN. *Autorización para el diferimiento del Arancel Externo Común de productos de la cadena siderúrgica*. En: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D523.htm>. Consultado en diciembre 14 de 2010.
- . (2006). Decisión 638 del 19 de julio de 2006 de la CAN. *Lineamientos para la Protección al Usuario de Telecomunicaciones de la Comunidad Andina*. En: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D638.htm>. Consultado en diciembre 14 de 2010.
- . (2008). Decisión 689 del 13 de agosto de 2008 de la CAN. *Adecuación de determinados artículos de la Decisión 486 – Régimen Común sobre Propiedad Industrial, para permitir el desarrollo y profundización de Derechos de Propiedad Industrial a través de la normativa interna de los Países Miembros*. En: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/d689.htm>. Consultado en diciembre 14 de 2010.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 23 de 1982. En: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=3431>. Consultado en marzo 1 de 2011.
- . Ley 463 de 1998. En: www.secretariassenado.gov.co
- Consejo Andino de Ministerios de Relaciones Exteriores. Decisión 523 del 7 de julio de 2002 de la CAN. *Estrategia Regional de Biodiversidad para los Países del Trópico Andino*. En: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D523.htm>. Consultado en marzo 1 de 2011.
- Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas. 1886*. En: http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/trtdocs_wo001.html. Consultado en marzo 1 de 2011.
- Convención sobre derecho de autor revisada en París el 24 de julio de 1971*. En: <http://www.cerlalc.org/documentos/cupara.pdf>. Consultado en marzo 1 de 2011.

- Dirección Nacional de Derechos de Autor. (2001). *Licencias Comerciales. Principios Generales*. Bogotá 2001. En: www.derautor.gov.co.
- Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas. Resolución 2002 de 1997. En: www.legis.com.co.
- Documentos del caso ConnectU Inc. V. Facebook In. En: <http://dockets.justia.com/docket/massachusetts/madce/1:2007cv10593/108516/>. Consultado en diciembre 15 de 2010.
- Fundación Vía Libre, Fundación Henrich Böll. (2007). *Mabi: Monopolios artificiales sobre bienes intangibles*. Buenos Aires: Ediciones Fundación Vía Libre. Disponible en: <http://www.vialibre.org.ar/wp-content/uploads/2007/03/mabi.pdf>. Consultado en diciembre 12 de 2010.
- Heinz, Federico. (2007). *Software libre y software privativo*. (2007). En: Fundación Vía Libre, Fundación Henrich Böll. MABI: Monopolios artificiales sobre bienes intangibles. Ediciones Fundación Vía Libre. Buenos Aires. 2007. En: <http://www.vialibre.org.ar/wp-content/uploads/2007/03/mabi.pdf>. Consultado en diciembre 12 de 2010, p. 74.
- Johnson, Bobbie y otros. (2008). GUARDIAN.CO.UK. En: <http://www.guardian.co.uk/technology/2008/sep/29/cloud.computing.richard.stallman>. Consultado en junio 14 de 2011.
- Múltiples naciones. *Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas. 1886*. En: http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/trtdocs_wo001.html. Consultado en junio 14 de 2011.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (Ompi). *Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Adpic)*. En: http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips.pdf. Consultado en junio 14 de 2011.
- . *Convenio que Establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual*. Hecho en Estocolmo el 14 de julio de 14 de julio de 1967. En: http://www.wipo.int/treaties/es/convention/trtdocs_wo029.html#P36_1163. Consultado en junio 14 de 2011.

- . *Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC)*. En: http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/legal_s.htm#TRIPs. Consultado en junio 14 de 2011.
- . *Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión*. Hecho en Roma el 26 de octubre de 1961. En: http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/legal_s.htm#TRIPs. Consultado en junio 14 de 2011.
- . *Colombia: tratados suscritos*. En: http://www.wipo.int/treaties/es/ShowResults.jsp?search_what=C&country_id=39C. Consultado en enero 24 de 2011.
- Pérez Gómez, Ana María. *El análisis económico del derecho de autor y del copyright, un estudio del equilibrio entre los intereses público y privado*. En: <http://foros.uexternado.edu.co/ecoinstitucional/index.php/propin/>. Consultado en diciembre 22 de 2010.
- Presidencia de la República de Colombia. Decreto 2468 del 4 de noviembre de 1994. Bogotá D.C. En: http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=126004. Consultado el 12 de abril de 2010.
- Procuraduría General de la Nación. Procuraduría primera delegada para la contratación estatal. Radicado 075-2022-2001. Bogotá D.C. 2002. En: www.procuraduria.gov.co. Consultado en diciembre 21 de 2010.
- Ríos Ruiz, Wilson Rafael. *Aspectos legales del software libre o de código abierto*. En: <http://foros.uexternado.edu.co/ecoinstitucional/index.php/propin/article/view/1148>. Consultado en diciembre 9 de 2010.
- Ryan, Timothy James. (2002). *Infringement.com: RIAA V. NAPSTER and the war against online music piracy*. En: *Arizona Law Review*. The University of Arizona. Vol. 44:2- 2002. Fuente en internet: http://www.arizonalawreview.org/ALR2002/vol442/Ryan_FINAL.pdf. Consultado en diciembre 5 de 2010.
- Stallman, Richard M. (2002). *Free software, free society: selected essays of Richard M. Stallman*. Editado por Joshua Gay. GNU Pres. Boston. En: <http://www.gnu.org/philosophy/fsfs/rms-essays.pdf>. Consultado en marzo de 2011.

Villarreal Samaniego, Jesús Dacio. ADMINISTRACIÓN FINANCIERA II.
Edición electrónica gratuita. En: [http://www.eumed.net/libros/2008b/418/
Costos%20Hundidos.htm](http://www.eumed.net/libros/2008b/418/Costos%20Hundidos.htm). Consultado en enero 27 de 2010.



Teléfono: (574) 219 53 30. Telefax: (574) 219 50 13
Correo electrónico: imprenta@quimbaya.udea.edu.co
Impreso en agosto de 2013