

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
COLEGIO DE JURISPRUDENCIA**

El consentimiento en las licencias de uso de software

Jorge David Moreno Delgado

Manuel Fernández de Córdoba, Dr., director de tesis

Tesis de grado presentada como requisito para la obtención del título de abogado

Quito, noviembre de 2012

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

“El consentimiento en los contratos de licencia de software”

Jorge David Moreno Delgado

Dr. Alejandro Ponce
Presidente del Tribunal e Informante

Dr. Manuel Fernández de Córdoba
Director de Tesis

Dra. María de los Ángeles Lombeyda
Delegada del Decano e Informante

Dr. Luis Parraguez
Decano del Colegio de Jurisprudencia

Quito, 23 de Enero de 2013

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a los dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma:

Nombre: Jorge David Moreno Delgado

C.I.: 1717176364

Fecha: 23 de enero de 2013

Dedico el trabajo a mi abuelo Ángel
quien siempre fue modelo de perseverancia
y laboriosidad, demostrándome que todo
puede ser alcanzado con esmero.

Agradezco a mi familia,
a mis amigos y profesores
pues su apoyo me permite
dar este nuevo paso en
mi vida.

Resumen

Los contratos de licencia de uso de software, son aquellos por los cuales los usuarios de software pueden utilizar el programa de ordenador respetando los derechos de autor protegidos por la licencia. Estos contratos debido a su distribución masiva son contratos de adhesión, por lo cual sus cláusulas son preestablecidas por el licenciante y aceptadas por el licenciario. Este tipo de contratación genera desigualdad entre los contratantes, por lo cual los proponentes aprovechan esta situación para colocar cláusulas abusivas dentro de los contratos, como sucede en algunos contratos de licencia de software donde las cláusulas generan presunciones abusivas para la aceptación del usuario. Para evitar esto, la doctrina y la jurisprudencia condicionan el consentimiento contractual al cumplimiento del deber de información previo por parte del licenciante.

Las principales licencias de software son los shrink-wrap, browse-wrap y click-wrap agreements. El primer tipo de licencia, shrink-wrap, es totalmente abusivo por lo cual no hay aceptación ya que el acceso a los T&C es presunción de aceptación contractual, lo cual evita el conocimiento previo del contrato. En browse-wrap agreement se encuentra en un limbo de validez, en cuanto puede como no haber un acceso a los T&C por lo cual el consentimiento estará condicionado al acceso previo a la aceptación presuntiva establecida en el contrato. Por último los click-wrap agreements son plenamente válidos en cuanto condicionan el acceso al software a una aceptación previa de los T&C ya conocidos por el usuario.

Abstract

Contracts for software license are those which allow software users to use the computer program respecting copyright protected by the license. These contracts due to mass distribution are contracts of adhesion, so the clauses are preset by the licensor and accepted by the licensee. This type of contract generates inequality between parts, so proponents unfairly take advantage of this situation to place abusive clauses within the contracts, as in some software license contracts in which abusive assumptions are established in order to generate user's acceptance. To avoid this abuse, the doctrine and case law has determined that the duty of information must be accomplished prior the licensor consents.

The most used software licenses are the shrink-wrap, browse-wrap and click-wrap Agreements. The first type of license, shrink-wrap, is totally unfair for the user, in which there is no acceptance due the access to the T & C becomes assumption of contractual agreement, which avoids the prior knowledge of the contract. In browse-wrap agreement its validity is in limbo, as far as it can or cannot be access to the T & C at which consent shall be subject to prior access to the presumptive acceptance specified in the contract. Finally the click-wrap Agreements are fully valid as the access to software is conditioned to prior acceptance of the T & C already known by the user.

3.2.2.3.	Dewayne Hubbert v. Dell Corp.	91
3.2.2.4.	Register.com, Inc. v. Verio, Inc.	92
3.2.3.	Shrink wrap agreements	92
3.2.3.1.	Affinity Internet, Inc., d/b/a SkyNetWeb v. Consolidated Credit Counseling Services, Inc.	93
3.2.3.2.	Specht v. Netscape	93
3.2.3.3.	Klocek v. Gateway, Inc., et al.	94
3.2.3.4.	M. A. Mortenson Company, Inc. v. Timberline Software Corporation, et al.	94
4.	Conclusiones	96
	Bibliografía	102

Introducción

Debido al gran avance informático de las últimas décadas, el software se ha convertido en un objeto de carácter inmaterial de gran comercialización. Hoy en día el comercio del mismo no solo se realiza mediante soportes físicos como discos compactos o los antiguos floppy disk, sino que ahora también se lo realiza, a través, de la Internet. Por lo tanto, el comercio electrónico se ha convertido en parte del diario vivir de la sociedad actual, en cuanto es el medio más eficaz para la transferencia del software. De esta manera, celebramos negocios jurídicos de distinta índole a través de la web, y muchas veces ni siquiera estamos conscientes de ello.

El software se encuentra protegido por los diferentes ordenamientos jurídicos, teniendo un trato distinto al de los bienes materiales. De esta manera, el momento que adquirimos un programa informático no lo adquirimos totalmente, sino que, a través de una licencia el creador o el titular del derecho de explotación nos permite el uso del mismo. Por lo tanto, las licencias de software son restricciones o limitaciones al uso del programa, en cuanto el licenciatario (a quien se le permite el uso) en su contrato de licencia encontrará distintos términos y condiciones que no solo le permiten su uso sino que también lo limitan.

Sin embargo, el comercio y distribución masiva de software, tanto gratuito como oneroso, ha generado la utilización de contratos de cláusula general o de adhesión. Las licencias al ser contratos no negociados, son redactadas únicamente por el licenciante y buscan uniformidad entre el titular del software y todos los licenciatarios o usuarios del producto. Este tipo de contrato tiene por fin el brindar una protección jurídica al producto, limitando el uso del mismo según el antojo del licenciante.

El problema con este tipo de contratos radica en la complejidad que suponen dichos acuerdos para cualquier ciudadano común, quien por lo general no está al tanto del alcance de los términos legales bajo los cuales está supeditado el uso del software adquirido. La mayoría de licenciatarios (quienes adquieren el software) no conocen que tienen esta calidad jurídica pues ni siquiera son conscientes de los contratos a los cuales se han obligado. Muchas veces esta obligación es contraída por el cumplimiento de condiciones

desconocidas y abusivas establecidas en el contrato, condiciones que permiten que meros actos generen la aceptación del adquirente del software convirtiéndolo en licenciataria.

Como consecuencia, no existe una plena formación del consentimiento, puesto que el usuario no ha generado una declaración de voluntad expresa de aceptación de los términos predispuestos en las cláusulas generales de contratación. Si bien es cierta que la aceptación tácita también es contemplada por la normativa jurídica, debemos recalcar que para que el acto presuntivo de voluntad se genera por lo menos bajo el conocimiento del usuario. Al no haber concordancia entre la declaración de voluntad y la voluntad real del usuario, decimos que el consentimiento se encuentra viciado, por lo cual el negocio jurídico pierde validez.

Por lo tanto, siguiendo la teoría del negocio jurídico, cualquier vicio del consentimiento genera la nulidad del negocio lo cual evita la ejecutabilidad del mismo. Siendo así, la no existencia de consentimiento en la celebración de los contratos de licencia de software, puede desvincular al supuesto licenciataria de las obligaciones contractuales en cuanto no las aceptó por el hecho de no conocerlas.

Dentro de los tipos de licencias existentes, hay tres tipos que son los más utilizados en el ámbito de comercio de software: El primero de ellos es el shrink-wrap agreement el cual puede ser presentado al adquirente del software de manera física adjunto al soporte material del bien inmaterial, o de manera digital apareciendo en el ordenador tras la instalación del producto o al primer uso del mismo. Este tipo de licencia es el más restrictivo en cuanto el mero acceso al soporte físico o acceso digital es presunción de aceptación pese que es necesaria alguna de las anteriores para acceder al contrato. De esta forma las cláusulas son totalmente abusivas ya que el usuario no llega a conocer los términos contractuales hasta después de haber dado su supuesta aceptación del mismo, sin conocer su alcance.

Un segundo tipo de contrato de licencia de software es el browse-wrap agreement, el cual se caracteriza por ser utilizado sobretudo como licencia de uso para software gratuito. En este caso el usuario accede al software mediante navegación web, sin embargo al tener una utilización limitada, se ve obligado a aceptar una licencia previa para poder

manejar el programa informático. Este tipo de licencia rige y limita software en línea y de acceso libre, por lo cual la aceptación de sus términos se presume del simple uso ya que se entiende que los términos contractuales fueron desplegados con anterioridad al uso.

El último tipo es el conocido *click-wrap agreement*, que en función de su nombre necesita de un *click* para otorgar el consentimiento. Este contrato pese a ser de cláusula general lo cual implica la sumisión del licenciatario, permite que la futura parte contratante tenga acceso al texto precontractual antes de aceptarlos. De igual manera el hecho que supone la aceptación del licenciatario es un hecho positivo (*click*) que indica claramente la voluntad de obligarse ya que presupone el conocimiento de los efectos jurídicos de dicha expresión de voluntad.

Dentro de estos tres tipos de licencias, las cuales son claros ejemplos de contratos de adhesión o de cláusula general, cabe preguntarnos hasta qué punto el usuario ha brindado su consentimiento para vincularle con el contrato, y en tal sentido, si es su deseo regirse bajo dichos términos y obligarse. Bajo esta premisa demostraremos que los contratos de licencia de software de distribución masiva deben cumplir características impuestas tanto por la ley, la doctrina y la jurisprudencia para generar la plena formación del consentimiento, siendo la principal el deber de informar previamente al usuario sobre los términos y la forma de aceptación. Es decir, que la validez contractual se encontrará supeditada a la existencia de un consentimiento informado, el cual es inexistente en los *shrink-wrap* y *browse-wrap agreements*; mientras que los *click-wrap agreements* por su naturaleza condicionan la existencia de la licencia al conocimiento del contrato predispuesto.

En el primer capítulo se tratará la formación del consentimiento como elemento esencial para la existencia de los negocios jurídicos en general. Este análisis permitirá determinar la importancia del pleno conocimiento, y cómo el consentimiento viciado puede degenerar en nulidad del negocio. Posteriormente se tratará a los contratos de adhesión o de cláusula general, señalando su valor económico y jurídico. También es necesario señalar la desigualdad que genera este tipo de negocio entre los contratantes, por lo cual se estudiará las distintas restricciones al uso de este tipo de contrato para evitar la utilización de cláusulas abusivas en detrimento del aceptante.

En el segundo capítulo abordaremos el tratamiento del software como bien inmaterial y su protección bajo el régimen de derechos de autor. Posteriormente analizaremos la función restrictiva que tienen las licencias de uso con el fin de proteger los derechos patrimoniales existentes sobre la obra protegida. Dentro del análisis de estas licencias se estudiará las características de los tres contratos materia de este trabajo: los shrink-wrap, browse-wrap y click-wrap agreements, cuya característica común es ser contratos de adhesión.

En el último capítulo, mediante un estudio de derecho comparado, analizaremos el régimen jurídico normativo bajo el cual se encuentran los contratos de licencia de software. Analizando su naturaleza jurídica como negocio jurídico en general, como contrato de adhesión, y como licencia de uso de un bien inmaterial. Sin embargo, al no existir normativa jurídica que imponga un régimen especial a este tipo de contratos atípicos, será el juez o la autoridad jurisdiccional competente la que decida y desarrolle el análisis de si existe o no vicio del consentimiento en estos contratos. Sin embargo, en el Ecuador y Latinoamérica, dicha jurisprudencia no existe por lo que el análisis se realizará en función de jurisprudencia extranjera, sobre todo la de Estados Unidos de América donde ambas posturas de si existe o no consentimiento son defendidas y tomadas en cuenta.

1. Consentimiento y contratos de adhesión

1.1. Voluntad y consentimiento, concepto y problemática

La doctrina nos indica que los llamados actos o negocios jurídicos son “aquellas manifestaciones de voluntad directa y reflexivamente encaminada a producir efectos jurídicos.”¹ Como vemos, dichos actos tienen cuatro caracteres que lo conforman: es un hecho u acto humano, es voluntario, es lícito y tiene un fin jurídico esperado²; por lo tanto la parte o las partes realizan una acción que permite alcanzar un efecto jurídico deseado. Por esta razón doctrinarios inspirados en el pensamiento de Pothier han indicado tres tipos de elementos constitutivos del negocio jurídico, los cuales incluso se encuentran plasmados en los cuerpos legislativos latinoamericanos, como sucede en el artículo 1460 del Código Civil Ecuatoriano, en el 1444 del Código Civil Chileno o en el 1501 del Código Civil Colombiano³.

Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no surte efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que, no siendo esenciales en él se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquéllas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.⁴

En este sentido indicamos que los elementos esenciales o *essentialia negotii* son aquellos que dan la vitalidad e identidad al negocio, sin los cuales no se constituye el acto jurídico. Por lo tanto son el mínimo necesario para “precisar el interés que pretenden desarrollar jurídicamente y el sentido en que quieren hacerlo.”⁵ Sin embargo esta teoría no define plenamente cuáles son los elementos a considerar esenciales del negocio jurídico,

¹ Ospina & Ospina, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Bogotá: Temis, 2005, P. 17

² Ref. Llambias, Jorge, *Código Civil Anotado*, Buenos Aires, 1992, Tomo II B, P. 82

³ El texto del artículo 1444 del Código Civil Chileno y 1501 del Código Civil Colombiano, son idénticos al artículo ecuatoriano citado posteriormente.

⁴ *Código Civil*, (Ecuador), Registro Oficial Suplemento 46, 24 de junio de 2005

⁵ Ospina & Ospina, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Bogotá: Temis, 2005, P. 36

puesto que los diferentes autores señalan distintos elementos. Tal es el caso que para Compagnucci los elementos esenciales son la declaración de voluntad, el objeto y la causa⁶; para Candián lo son la declaración, el contenido y la causa⁷; para Ruggiero lo son solo la declaración de voluntad y la causa⁸; mientras que para Trabucchi son la existencia de la o las partes, la voluntad, la expresión de la misma y la causa⁹.

Esta falta de consenso y el agravante que supone la pluralidad de negocios jurídicos existentes, llevó a autores como Alessandri y Somarriva a realizar una subclasificación de los elementos esenciales en generales (comunes) y especiales. Al respecto indican que “entre los elementos esenciales hay algunos que deben figurar en toda clase de actos: son los elementos esenciales comunes. Hay otros que sólo son indispensables para la existencia de ciertos actos, no siendo necesarios ni figurando para nada en la vida de los otros.”¹⁰ En este sentido Parraguez opina que los elementos esenciales comunes a todos los contratos son sólo la voluntad y el objeto.¹¹

Antes de continuar me gustaría resaltar que la problemática en clasificar los distintos elementos han generado críticas por otros autores, que han llevado a tratadistas como Betti a generar clasificaciones distintas, mucho más simples. En este sentido Betti señala que existen solo elementos constitutivos o estructurales del negocio, y elementos presupuestos del negocio. Los primeros se refieren a la forma (declaración de voluntad), el contenido y la causa; mientras los segundos son los presupuestos de validez y las condiciones.¹² Lo importante pese a la crítica, es crear un marco mínimo al cual deben acogerse todos los negocios jurídicos, con el fin de crear homogeneidad entre los distintos tipos de convenios,

⁶ Ref. Compagnucci, Rubén, *El negocio jurídico*, Buenos Aires: Astrea, 1992, P. 109

⁷ Ref. Candián, Aurelio, *Instituciones de derecho privado*, México, 1961, P. 148

⁸ Ref. De Ruggiero, Roberto, *Instituciones de derecho civil*, Madrid: Reus, 1931, Tomo I, P. 253

⁹ Ref. Trabucchi, Alberto, *Instituciones de derecho civil*, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1967

¹⁰ Alessandri, Arturo & Somarriva, Manuel, *Derecho Civil*, 3ra. ed., Santiago: Nascimento, 1961, Tomo I, P. 298

¹¹ Parraguez, Luis, *Manual de Negocio Jurídico*, Borrador No Publicado, P. 69

¹² Ref. Betti, Emilio, *Teoría general de las obligaciones*, citado por Compagnucci, Rubén, *El negocio jurídico*, Buenos Aires: Astrea, 1992, P. 108-109

así como facilitar el entendimiento de contratos innominados cuya esencia y naturaleza podría ser confusa.¹³

Continuando con la clasificación ordinaria de los elementos del negocio jurídico, podemos continuar con los elementos de la naturaleza o *naturalia negotii*. Dichos elementos son propios de cada tipo de negocio jurídico y son considerados accesorios a los elementos esenciales.¹⁴ Se encuentran normados en la ley por lo cual surten efectos *opera legis* aun cuando la o las partes no lo hayan estipulado en el acto jurídico. Sin embargo por este carácter de supletoriedad, la misma ley en concordancia con el principio de la autonomía de la voluntad permite que las partes puedan prescindir de dichos elementos mediante declaración expresa puesto que de no haberla se presumen aceptadas por las partes.¹⁵

Finalmente, los elementos accidentales o *accidentalialia negotii* son aquellos que la ley no prevé para cierto negocio jurídico determinado, sino que las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual, pactan elementos accesorios que tienen “efectos subsidiarios” en el efecto jurídico principal. Cabe recalcar que pese a ser llamados accesorios, al ser incluidos en el negocio jurídico deben ser respetados al igual que otro tipo de elemento, en cuanto “asumen carácter esencial en relación al negocio concreto en que se incluyen.”¹⁶

Examinadas las tres categorías de elementos del negocio jurídico, es pertinente retomar el estudio de los elementos esenciales, en cuanto nos compete analizar aquel elemento que es común denominador entre los considerados por los diferentes autores: la declaración de voluntad, y el posterior consentimiento o suma de voluntades de las partes. La voluntad es el pilar fundamental de los actos jurídicos en general, sean unilaterales o bilaterales, en cuanto comprende la intención del o los sujetos para generar un específico

¹³ Ref. Cubides, Jorge & Cubides, Juanita, *Obligaciones*, 5ta. ed., Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2005, P. 272

¹⁴ Ref. Ospina & Ospina, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Bogotá: Temis, 2005, P. 36

¹⁵ Parraguez, Luis, *Manual de Negocio Jurídico*, Borrador No Publicado, P. 70

¹⁶ Compagnucci, Rubén, *El negocio jurídico*, Buenos Aires: Astrea, 1992, P. 107

efecto jurídico.¹⁷ De esta forma podemos indicar que la voluntad en esencia, llamada real o interna, es “la autodeterminación de uno o más agentes a la celebración de [un] acto”¹⁸

Autores como Borda han profundizado el estudio de la voluntad real llegando a señalar que existen tres condiciones internas para la existencia de la misma: el discernimiento, la intención y la libertad. Es así que el artículo 897 del Código Civil Argentino indica que: “Los hechos humanos son voluntarios o involuntarios. Los hechos se juzgan voluntarios, si son ejecutados con discernimiento, intención y libertad.”¹⁹ De igual manera, el artículo 900 del mismo cuerpo normativo señala que: “Los hechos que fueren ejecutados sin discernimiento, intención y libertad, no producen por sí obligación alguna.”²⁰ Como vemos la legislación argentina convierte a estos elementos en necesarios para la existencia de la voluntad real, sin los cuales no existe la misma y por lo tanto no se adquiere obligación alguna ni se genera negocio jurídico alguno.

El discernimiento es la capacidad de comprender el acto, es decir conocer las consecuencias del mismo; de este modo el Código Civil Argentino es muy claro al señalar que los incapaces son aquellos con carencia de discernimiento, por lo cual sus actos no son válidos.²¹ En Ecuador, el discernimiento²² también es relacionado con la capacidad jurídica de las personas como indica el artículo 1486, sin embargo en ciertas condiciones las obligaciones adquiridas pueden generar obligaciones naturales, las cuales carecen de exigibilidad pero son validas en caso de ser cumplidas. Como segundo elemento, la intención se refiere a la predisposición del actor a realizar el acto jurídico con el fin de alcanzar los efectos jurídicos deseados. Por lo tanto la falta de dicho elemento, o la confusión en el mismo generaría un caso de error o dolo. Como último elemento de la voluntad real, la libertad nos permite actuar sin la coerción de terceros, por lo cual sólo se

¹⁷ Ref. Ospina & Ospina, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Bogotá: Temis, 2005, P. 98-99

¹⁸ Ospina & Ospina, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Bogotá: Temis, 2005, P. 98

¹⁹ Código Civil, (Argentina), Ley nº 17.711, 22 de abril de 1968, Art. 897

²⁰ Código Civil, (Argentina), Ley nº 17.711, 22 de abril de 1968, Art. 900

²¹ Artículo 921. Los actos serán reputados hechos sin discernimiento, si fueren actos lícitos practicados por menores impúberes, o actos ilícitos por menores de diez años; como también los actos de los dementes que no fuesen practicados en intervalos lúcidos, y los practicados por los que, por cualquier accidente, están sin uso de razón. Ref. Código Civil, (Argentina), Ley nº 17.711, 22 de abril de 1968, Art. 921

²² Cfr. No confundir con el discernimiento como el decreto judicial que autoriza al tutor o curador para ejercer su cargo. Código Civil, (Ecuador), Registro Oficial Suplemento 46, 24 de junio de 2005, Art. 398

responde a los deseos propios del actor, lo cual no sucede cuando existe fuerza o violencia.²³

Otros autores como Castillo y Horna señalan otras características de la voluntad real, indicando que debe ser psicológica, consiente, libre y actual²⁴; las cuales son muy similares a los antes explicados. Como vemos, los elementos de la voluntad real son subjetivos y pertenecientes al fuero interno del actor, lo cual generó críticas a dicho sistema, en cuanto, estos elementos complican la prueba de la existencia o no de la voluntad del actor. De ahí que se vea la necesidad de que dicha voluntad sea declarada o manifestada, con el fin de incluir objetividad al núcleo del negocio jurídico: la voluntad de las partes.

Esta teoría surge puesto que “la voluntad interna o querer del sujeto, en principio, desinteresa al derecho”²⁵ en cuanto no hay forma de conocer a plenitud el fuero interno, ya que los elementos internos son insuficientes para conferirles efectos jurídicos. Y es el mismo ordenamiento jurídico el cual contempla la necesidad de dicha manifestación como sucede en el Artículo 913 del Código Civil Argentino: “Ningún hecho tendrá el carácter de voluntario, sin un hecho exterior por el cual la voluntad se manifieste.”²⁶ De esta forma se sigue la línea doctrinaria de que el Derecho es una ciencia que regula las conductas y no el pensamiento; dando un mayor peso a la declaración externa de la voluntad.

Sin embargo, debemos recordar que no todas las conductas humanas son manifestaciones volitivas que buscan generar efectos jurídicos. Dentro del mismo negocio jurídico pueden haber varias manifestaciones, a tal punto que autores como Compagnucci distinguen las declaraciones de la voluntad y la voluntad de declarar; esto quiere decir que por un lado el actor puede manifestar su deseo de realizar un negocio jurídico concreto, por ejemplo demostrar su interés en comprar una casa. A esta exteriorización del querer del actor no podemos darle efectos jurídicos, a diferencia de aquellas manifestaciones donde se

²³ Ref. Borda, G., *Manual de Derecho Civil: Parte General*, 19° ed., Buenos Aires: Editorial Emilio Perrot, 1998, P. 395

²⁴ Ref. Castillo, M. & Horna, P., “La plena vigencia del Código Civil en la contratación contemporánea”, *Tratado de la teoría general de los contratos*, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Perú, 2006, Tomo I, P. 21

²⁵ Compagnucci, Rubén, *El negocio jurídico*, Buenos Aires: Astrea, 1992, P. 110

²⁶ Código Civil, (Argentina), Ley nº 17.711, 22 de abril de 1968, Art. 913

observa la voluntad de declarar, esto quiere decir que la exteriorización busca los efectos jurídicos.²⁷ En este sentido Albadejo indica que:

El comportamiento en que la voluntad consiste, supone, en resumen, una doble dosis de voluntad: voluntad como contenido del comportamiento (declaración de voluntad), y voluntad como causa del comportamiento (voluntad de declarar). O sea, el querer que se declara y el querer declararlo.²⁸

De igual, manera debemos distinguir aquellos actos donde no existe una declaración expresa o lingüística, como señala Brebbia cuando propone el supuesto de un hombre que toma un periódico de un puesto de diarios y deja el dinero, sin haber hablado con el vendedor; de hecho el mismo autor indica la posibilidad de que el vendedor ni siquiera se encuentre ahí.²⁹ De este supuesto podemos extraer que el comprador manifestó su declaración de comprar al tomar el diario y depositar el dinero; por lo tanto no siempre se necesita una manifestación expresa, como claramente indica el Código Civil Argentino en su artículo 914:

Los hechos exteriores de manifestación de voluntad pueden consistir en la ejecución de un hecho material consumado o comenzado, o simplemente en la expresión positiva o tácita de la voluntad.³⁰

O, el artículo 1476 del Código Civil Ecuatoriano:

Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración.³¹

Como vemos existen varios tipos de manifestaciones o declaraciones, lo cual ha llevado a doctrinarios como Borda a categorizarlos, siguiendo la clasificación del Código Vélez Sársfield, en: formales o no formales; positivos o tácitos; o inducidos por una presunción legal. Esta clasificación es simple, la primera refiriéndose a la necesidad o no de

²⁷ Ref. Compagnucci, Rubén, *El negocio jurídico*, Buenos Aires: Astrea, 1992, P. 112-113

²⁸ Albadejo, M., *Derecho Civil. Introducción y parte general*, 15° ed., Barcelona: Bosch, 2002, P. 588

²⁹ Ref. Compagnucci, Rubén, *El negocio jurídico*, Buenos Aires: Astrea, 1992, P. 115

³⁰ Código Civil, (Argentina), Ley nº 17.711, 22 de abril de 1968, Art. 914

³¹ El Código Bello no es tan explícito como el Vélez Sársfield sin embargo ambos reconocen que la manifestación expresa (verbal o escrita) no es la única declaración de voluntad aceptada por el ordenamiento jurídico. Código Civil, (Ecuador), Registro Oficial Suplemento 46, 24 de junio de 2005, Art. 1476

que ciertas manifestaciones cumplan con formalidades predispuestas como lo sería la firma de una compraventa de inmueble por escritura pública. La segunda se refiere a si la declaración debe ser expresa (sea verbal o escrita) o puede ser tácita (la conducta permite inferir la intención). En último caso, el ordenamiento jurídico contiene escenarios donde a cierta conducta le adjudica una declaración de voluntad por vía de presunción.³²

Recapitulando, existe la voluntad interna y la voluntad externa, la primera es abstracta y complicada de acceder por ser subjetiva; la segunda son conductas o manifestaciones que pueden ser percibidas por los sentidos por lo tanto de carácter objetivo. Pero qué sucede cuando lo declarado es diferente a lo que se deseaba, ya sea por causas involuntarias como el error, o casos de mala fe como el dolo, o bien la decisión de las mismas partes como sucede en los casos de simulación.³³ Para esto, la doctrina ha dado dos posiciones, una señala que debe estarse a la voluntad real, la otra, que debe estarse a la voluntad declarada. Se han propuesto además varias teorías eclécticas que pretenden conciliar ambas posturas.³⁴

La primera es la Teoría de la voluntad real, o también conocida como Teoría subjetiva pues indica que debe “prevaler la voluntad auténtica y real de las partes, puesto que es ella el elemento más relevante del negocio jurídico.”³⁵ Esta teoría fue desarrollada por franceses como Pothier pese a que existe desde el Derecho Romano, por lo cual exalta la importancia de la intención, rebajando a la declaración de la voluntad a un mero formalismo. Esto llevó a que los alemanes critiquen duramente esta teoría desde principios del siglo XIX generando una nueva teoría que encuentre respaldo en la declaración objetiva de la voluntad.

Así nace la Teoría de la declaración de la voluntad, o Teoría objetiva de la mano de los pandectistas alemanes, quienes proclaman categóricamente el “predominio de la declaración sobre la voluntad real de los agentes.”³⁶ El principal objetivo era generar seguridad jurídica puesto que los elementos volitivos podían cambiar con el tiempo, así

³² Ref. Borda, G., *Manual de Derecho Civil: Parte General*, 19° ed., Buenos Aires: Editorial Emilio Perrot, 1998, P. 398-399

³³ Ref. Parraguez, Luis, *Manual de Negocio Jurídico*, Borrador No Publicado, P. 102

³⁴ Ref. Ramos, Rene, *Derecho Civil I: Teoría general de los actos jurídicos*, Borrador No Publicado, P. 9

³⁵ Parraguez, Luis, *Manual de Negocio Jurídico*, Borrador No Publicado 102

³⁶ Ospina & Ospina, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Bogotá: Temis, 2005, P. 101

Borda indica que la ley es la que limita la voluntad de las partes con el fin de generar seguridad al dar obligatoriedad a los contratos salvaguardando así el comercio y la vida social.³⁷ De igual manera esta teoría genera críticas debido a que podría colaborar a la mala fe contractual en cuanto el error, el dolo o la violencia no serían impugnables; así como tampoco se podrían entablar acciones en contra de la simulación.

Debido a este antagonismo existente entre ambas teorías, surgieron nuevas corrientes eclécticas que buscaron mezclar las mismas, como lo son la teoría de la responsabilidad y la teoría de la confianza o buena fe. La primera, cuyo desarrollo se atribuye a Ihering, nos indica que el actor al intervenir en el negocio, garantiza a los demás la eficacia y validez del mismo, por lo cual al no respetar el compromiso (sea por dolo o culpa) debe resarcir los daños causados.³⁸ En este sentido la teoría de la responsabilidad dice que debe “declararse nulo el acto cuando la declaración es disconforme con la voluntad sin culpa del declarante y sin que el mismo la conozca; y que debe declararse válido en el caso inverso.”³⁹ En definitiva la teoría castiga a aquel que por negligente o malicioso buscaba provecho del negocio.

La segunda teoría ecléctica es la Teoría de la confianza, o como los Ospinas las conocen, Teoría de la buena fe. Para esta teoría, la declaración de la voluntad prevalece en cuanto la manifestación es dada de buena fe, por lo cual debe generar confianza entre las partes.⁴⁰ Esta postula que debe “atenderse a la declaración de voluntad cuando el que la recibe tiene razón para creer que corresponde a la voluntad real del declarante; pero si sabe que esta falta, no merece protección alguna y debe de estarse a la voluntad real.”⁴¹ Como vemos, la Teoría busca proteger a los actores de buena fe puesto que la parte se “obliga no tanto por lo querido sino por lo creído por el destinatario.”⁴²

Ya analizada la voluntad del agente como requisito esencial del negocio jurídico debemos dar un nuevo paso, que no es más que sumar esta voluntad a la de otro agente con

³⁷ Ref. Borda, G., *Manual de Derecho Civil: Parte General*, 19° ed., Buenos Aires: Editorial Emilio Perrot, 1998, P. 408

³⁸ Ref. Ospina & Ospina, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Bogotá: Temis, 2005, P. 104

³⁹ Ramos, Rene, *Derecho Civil I: Teoría general de los actos jurídicos*, Borrador No Publicado, P. 10

⁴⁰ Ref. Ospina & Ospina, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Bogotá: Temis, 2005, P. 107

⁴¹ Ramos, Rene, *Derecho Civil I: Teoría general de los actos jurídicos*, Borrador No Publicado, P. 10

⁴² Compagnucci, Rubén, *El negocio jurídico*, Buenos Aires: Astrea, 1992, P. 126

el fin de que se complementen dando nacimiento a una convención. De esta forma la voluntad “se reserva al querer individual, sea que hagamos referencia al de la única persona que interviene en los negocios unilaterales, [...] o al de cada una de las personas que concurre a la celebración de una convención.”⁴³ Sin embargo, cuando tratamos de convenciones se entiende que las voluntades consienten en generar ciertos efectos jurídicos tras la celebración del negocio jurídico, por lo cual se dice que el consentimiento es el “acuerdo de voluntades de dos o más personas dirigido a lograr un resultado jurídico.”⁴⁴ En este sentido el consentimiento se convierte en elemento esencial del negocio jurídico bilateral.

Es así que nuestro ordenamiento jurídico se refiere muchas veces al consentimiento como la suma de voluntades de las partes. El Artículo 1453⁴⁵ del Código Civil Ecuatoriano indica que una fuente obligacional es el concurso de voluntades; el 1459⁴⁶ define al contrato consensual como aquel que se perfecciona por el solo consentimiento; entre otros. Siendo más explícitos, las partes son las creadoras del negocio, pese a que habrá convenciones en las cuales los efectos jurídicos se aplican solo a una de las partes como sucede con la donación; o aquellas convenciones en las cuales sólo una de las partes fija los parámetros consensuales y la otra parte solo se adhiere, llamados contratos de adhesión o cláusula general.⁴⁷

Sea cual sea el tipo de negocio jurídico bilateral, esto nos lleva al análisis de la conjunción de voluntades, lo cual nos deja dos o más actores cuyas intenciones deben ser semejantes y todos deben declarar dichas intenciones con el fin de generar consenso y así perfeccionar el negocio jurídico. Esto nos lleva a la sucesión de dos actos simples entre las

⁴³ Parraguez, Luis, *Manual de Negocio Jurídico*, Borrador No Publicado, P. 91

⁴⁴ Ramos, Rene, *Derecho Civil I: Teoría general de los actos jurídicos*, Borrador No Publicado, P. 8

⁴⁵ Art. 1453.- Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia. Código Civil, (Ecuador), Registro Oficial Suplemento 46, 24 de junio de 2005

⁴⁶ Art. 1459.- El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no surte ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento. Código Civil, (Ecuador), Registro Oficial Suplemento 46, 24 de junio de 2005

⁴⁷ Ref. Alessandri, Arturo, *De los contratos*, Chile: Temis, 2000, P. 39

partes; la oferta y la aceptación; para Ramos cada uno de estos son “actos jurídicos unilaterales y copulativos”⁴⁸ que permiten la formación del consentimiento.

1.2. Formación del consentimiento

Como se señaló antes, el consentimiento se forma cuando dos voluntades coinciden en dar nacimiento a un negocio jurídico bilateral o convención pues esperan generar ciertos efectos jurídicos. Estas dos voluntades toman forma de actos volitivos independientes llamados oferta y aceptación; esto quiere decir que en facultad de la libertad contractual una de las partes propondrá una convención bajo ciertos términos, los cuales podrán o no ser aceptados por la contraparte. De igual forma la contraparte podrá realizar una nueva oferta que podrá o no ser aceptada por el primer oferente, de esta manera durante el proceso de negociación siempre habrá una oferta y una aceptación.

Sin embargo Alessandri opina que el proceso de formación tiene una etapa precontractual anterior a la oferta, la cual comprende las negociaciones preliminares. Dichas negociaciones están constituidas por proposiciones, *pourparlers* o acuerdos preparatorios; y tienen como finalidad la preparación de la futura convención.⁴⁹ En este punto se analizan variables y condiciones posibles a tomar en cuenta, así como medir los alcances contractuales; y en conclusión, ver la viabilidad del negocio. Es cierto que no todos los negocios tendrán una negociación larga, y también que muchos se perfeccionarán inmediatamente (sobre todo los contratos de adhesión), pero en todos se puede identificar un momento anterior a la oferta en el cual el futuro oferente piensa su oferta.

Esta etapa negocial, por lo tanto, no genera obligación alguna, puesto que hasta no llegar a la oferta como declaración voluntaria para llevar a cabo un negocio jurídico, no existe manifestación alguna de “voluntad definitiva y concreta de contratar.”⁵⁰ Por esta razón debemos considerar a dichas proposiciones precontractuales como simples tentativas

⁴⁸ Ramos, Rene, *Derecho Civil I: Teoría general de los actos jurídicos*, Borrador No Publicado, P. 11

⁴⁹ Ref. Alessandri, Arturo, *De los contratos*, Chile: Temis, 2000, P. 85

⁵⁰ De Page, citado por Alessandri, Arturo, *De los contratos*, Chile: Temis, 2000, P. 86

al no generar nexo. Se plantea la posibilidad de que esta etapa precontractual pueda generar obligación cuando se cumple con los requisitos para generar una promesa de celebrar contrato; pero, en mi opinión, la promesa es en si un negocio diferente que es fruto de una oferta y aceptación de celebrar dicho negocio jurídico, por lo tanto no proviene de las proposiciones contractuales.⁵¹

Sin embargo estas proposiciones pueden ser confundidas con la oferta, lo que nos hace volver al tema de la distinción entre la declaración de la voluntad y la voluntad de declarar.⁵² Mientras la proposición es un mero acto donde se demuestra el interés de celebrar un negocio jurídico (por ejemplo: anunciar mi deseo de vender mi auto); la oferta supone la declaración de obligarse a un negocio en particular (yo vendo mi auto a Javier por 10000 USD). Cabe resaltar que para cada negocio jurídico en particular, la ley puede atribuir efectos volitivos a ciertos actos con lo cual una proposición podría convertirse en una verdadera oferta.

Siguiendo con el ejemplo anterior, imaginemos que el vendedor anuncia su deseo de vender su auto en 10000 USD, considerando esto como una proposición pues él todavía quiere negociar los términos de pago. Aparece un comprador dispuesto a pagar ese precio, y creyendo que es una oferta la acepta, en este caso el Código Civil Ecuatoriano indica que al haber consenso en cosa y precio el contrato de compraventa se perfecciona.⁵³ Sin embargo el supuesto ofertante no esta de acuerdo con la forma de pago que desea la contraparte, lo cual debe ser considerado como una nueva proposición. De esta forma el ordenamiento podría indicar que la proposición se convirtió en una oferta de compraventa, mas esto no sucede pues no hubo consenso en todos los términos contractuales.⁵⁴ Como vemos, esto nos genera dificultad al distinguir ambos momentos, pero debemos recordar

⁵¹ Cfr. Alessandri, Arturo, *De los contratos*, Chile: Temis, 2000, P. 86

⁵² Ref. Compagnucci, Rubén, *El negocio jurídico*, Buenos Aires: Astrea, 1992, P. 112-113

⁵³ Art. 1740.- La venta se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio, salvo las excepciones siguientes: La venta de bienes raíces, servidumbres y la de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública, o conste, en los casos de subasta, del auto de adjudicación debidamente protocolizado e inscrito. Los frutos y flores pendientes, los árboles cuya madera se vende, los materiales de un edificio, y los que naturalmente adhieren al suelo, como piedras y sustancias minerales de toda clase, no están sujetos a la excepción del inciso segundo. Código Civil, (Ecuador), Registro Oficial Suplemento 46, 24 de junio de 2005

⁵⁴ Ref. Alessandri, Arturo, *De los contratos*, Chile: Temis, 2000, P. 89

que la proposición no es más que la “invitación que una o más personas hacen a otra u otras a celebrar una [posible] convención”⁵⁵ futura.

Como indicamos, la proposición es una etapa precontractual pues el momento en que existe oferta y aceptación se da nacimiento al contrato. Los códigos civiles no tratan la formación del consentimiento, pues para algunos autores las convenciones, por lo general, se llevan a cabo con ambas partes frente a frente por lo cual la oferta y aceptación son inmediatas, habiendo un mismo momento donde se lleva a cabo ambos actos jurídicos dando nacimiento al negocio jurídico.⁵⁶ No obstante, la formación del consentimiento es tratada en los Códigos de Comercio, en cuanto las actividades comerciales por su gran dinamismo, se realizan por medio de varias herramientas donde la oferta y la aceptación pueden no darse en el mismo lugar o en el mismo momento.⁵⁷

En primer lugar nos compete analizar la oferta, la cual también es tratada en los distintos ordenamientos con otros términos como propuesta o policitud. Ospina nos indica que doctrinariamente la oferta se refiere a aquellas propuestas destinadas a personas determinadas, mientras que la policitud está destinada al público en general (persona indeterminada) y en términos tales que cualquiera puede aceptarla.⁵⁸ Sin embargo esta distinción no es aceptada totalmente, ya que por ejemplo el Código de Comercio Ecuatoriano indica que la propuesta se realiza frente a persona determinada en contraposición a la oferta pública.⁵⁹

En definitiva, “la oferta es un acto jurídico unilateral por el cual una persona propone a otra la celebración de un contrato en términos tales, que para que éste quede perfecto, basta con que el destinatario de la oferta simplemente la acepte.”⁶⁰ Por lo tanto la oferta, como ya hemos señalado debe cumplir los requisitos de todo acto jurídico para que tenga

⁵⁵ Ospina & Ospina, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Bogotá: Temis, 2005, P. 146

⁵⁶ Ref. Castillo, M. & Horna, P., “La plena vigencia del Código Civil en la contratación contemporánea”, *Tratado de la teoría general de los contratos*, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Perú, 2006, P. 27

⁵⁷ Ref. Alessandri, Arturo, *De los contratos*, Chile: Temis, 2000, P. 88

⁵⁸ Ref. Ramos, Rene, *Derecho Civil I: Teoría general de los actos jurídicos*, Borrador No Publicado, P. 12

⁵⁹ En este caso el Código de Comercio Ecuatoriano no trata el término de policitud, pese a estas diferencias terminológicas debemos recordar que las ofertas se diferencian entre aquellas con destinatario determinado y destinatario indeterminado.

⁶⁰ Ramos, Rene, *Derecho Civil I: Teoría general de los actos jurídicos*, Borrador No Publicado, P. 11

plena validez. Además debe ser completa en cuanto debe contener todos los términos contractuales que se esperan pactar; pues en el caso de recibir una aceptación con distintas características, se debe considerar a la aceptación como una nueva oferta.

De igual forma, la oferta puede ser verbal o escrita, expresa o tácita. La oferta expresa es la que “explícita y directamente revela el deseo de contratar; la tácita es la que revela este deseo indirecta, pero inequívocamente por la concurrencia de ciertas circunstancias.”⁶¹ La oferta expresa se realiza mediante el lenguaje, ya sea verbal o escrito; mientras que la tácita son hechos de los que uno infiere la voluntad de ofertar, como lo es el colocar mercancía en un escaparate, o colocar una máquina dispensadora de sodas, etc.⁶² Cabe resaltar que se debe dar importancia al medio de comunicación utilizado para dar la oferta, puesto que los ordenamientos jurídicos contemplan supuestos donde la duración de vigencia de la oferta dependen del medio utilizado.

La duración de la vigencia de la oferta puede ser establecida libremente por el oferente, según su mejor conveniencia puesto que la oferta le genera responsabilidad frente a los destinatarios de la misma. Por esta razón, el legislador vio la necesidad de poner límites a esta vigencia según la forma de comunicación utilizada para presentar la propuesta. Por ejemplo el Código de Comercio Ecuatoriano⁶³ en sus artículos 141 y 142 diferencia la propuesta (oferta a persona determinada) verbal de la escrita; indicando que la primera tiene vigencia en el momento de hacerse, y en caso de no haber aceptación inmediata pierde vigencia.⁶⁴ Por su parte la oferta escrita tiene una vigencia de un día para que el destinatario pueda aceptarla o rechazarla.⁶⁵

⁶¹ Ramos, Rene, *Derecho Civil I: Teoría general de los actos jurídicos*, Borrador No Publicado, P. 12

⁶² Ref. Alessandri, Arturo, *De los contratos*, Chile: Temis, 2000, P. 89

⁶³ El Código de Comercio Chileno en sus artículos 97 y 98 da el mismo trato que el ecuatoriano, sin embargo el Código Colombiano en sus artículos 850 y 851 considera la oferta verbal telefónica dando igual vigencia y otorga a la oferta escrita 6 días de vigencia. Código de Comercio, (Colombia), Decreto 410, Diario Oficial No. 33.339, del 16 de junio de 1971; Código de Comercio, (Chile), ID norma 1974, 23 de noviembre de 1865

⁶⁴ Art. 141.- Para que la propuesta verbal de un negocio obligue a un proponente, debe ser aceptada inmediatamente por la persona a quien se dirige. En defecto de esa aceptación, el proponente queda libre. Código de Comercio, (Ecuador), Registro Oficial Suplemento 1202, 20 de agosto de 1960

⁶⁵ Art. 142.- La propuesta hecha por escrito debe ser aceptada o desechada dentro de veinticuatro horas, si las partes residieren en la misma plaza y, si en distintas, a vuelta del primer correo que salga después de las veinticuatro horas de recibida la propuesta. Vencidos estos plazos, la proposición se tendrá por no hecha, y si la aceptación llegare extemporáneamente a noticia del proponente, éste deberá dar aviso al aceptante de

Ahora nos compete analizar otro elemento de la oferta, el cual es muy cambiante respecto a los distintos sistemas jurídicos; la obligatoriedad. Esta consiste en que el proponente no podrá retractarse, “y de hacerlo deberá indemnizar todos los perjuicios que resulten para el destinatario como consecuencia de la retractación.”⁶⁶ La doctrina en este sentido es ambigua, por un lado la doctrina clásica francesa niega la obligatoriedad de la oferta indicando que “nadie adquiere ni pierde un derecho sin su voluntad.”⁶⁷ En este sentido Pothier indica que:

De la propia manera que yo no puedo transferirle a otra persona un derecho sobre mis bienes por mi sola voluntad y prescindiendo de su consentimiento, tampoco puedo, mediante un promesa mía, conferirle a alguien un derecho contra mi persona, mientras su voluntad no concurra a adquirirlo, es decir, mientras mi promesa no sea aceptada.⁶⁸

Siguiendo este pensamiento, la teoría clásica dio la facultad al oferente de retirar la oferta siempre y cuando esta aún no haya sido aceptada, puesto que ya dada la aceptación el negocio jurídico es perfeccionado consensualmente. Sin embargo la teoría vio una evolución al adicionarle al oferente responsabilidad sobre el destinatario; esto quiere decir que en virtud de no desproteger al destinatario se agrega la responsabilidad civil aquiliana por la cual el oferente debe evitar que en ejercicio de su derecho (retractarse antes de aceptada la oferta) ocasione perjuicios en el destinatario.⁶⁹

En contraposición surge la teoría de la obligatoriedad de la oferta; la cual basada en la doctrina alemana fue plenamente aceptada en los sistemas jurídicos. Critica la volatilidad de la voluntad, y ataca profundamente las teorías racionalistas que generan inseguridad jurídica, puesto que afectan el comercio como tal, dejando sin herramientas de defensa a la contraparte convencional. Exalta el concepto de convención como un acto de consenso, donde las voluntades de las partes buscan obligarse, es decir, que la oferta y la aceptación

la insubsistencia de su proposición. Código de Comercio, (Ecuador), Registro Oficial Suplemento 1202, 20 de agosto de 1960

⁶⁶ Cubides, Jorge & Cubides, Juanita, *Obligaciones*, 5ta. ed., Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2005, P. 202-203

⁶⁷ Ospina & Ospina, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Bogotá: Temis, 2005, P. 150

⁶⁸ Pothier, *Obligations*, París citado por Ospina & Ospina, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Bogotá: Temis, 2005, P. 150

⁶⁹ Ref. Ospina & Ospina, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Bogotá: Temis, 2005, P. 151

son voluntades que deben reflejar el deseo de obligarse entre sí.⁷⁰ Con estos argumentos, la teoría busca que el ordenamiento jurídico eleve la oferta a acto unipersonal obligatorio.

Aunque ambas teorías proveen una defensa para el aceptante, me adhiero a la opinión de Ospina de que la teoría alemana responde mejor a las necesidades del derecho, en cuanto permite la prevención de un daño; mientras la francesa permite resarcir el daño ya causado. En definitiva la obligatoriedad de la oferta tiene tres consecuencias: el proponente no puede retractarse antes de vencido el plazo de vigencia; la oferta no caduca por la muerte del oferente y se transmite a sus herederos; y la oferta al ser aceptada pese a la negativa del oferente otorga acciones coactivas al aceptante para hacer cumplir el negocio.⁷¹

Comprendidas las doctrinas es momento de analizar que dicen los ordenamientos jurídicos al respecto, sin embargo debemos recordar que la oferta es tratada diferente según la determinación del destinatario de la misma.⁷² Es así que, para la doctrina colombiana la oferta que se realiza a persona determinada, es obligatoria para el oferente⁷³; y aquella que se dirige a persona indeterminada, llamada policitación, por regla general no lo es.⁷⁴ Digo por regla general pues el artículo 848 del Código de Comercio Colombiano indica que dichas policitaciones serán obligatorias mientras la mercadería se encuentre en exhibición y con su precio fijado.⁷⁵

⁷⁰ Ref. Ospina & Ospina, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Bogotá: Temis, 2005, P. 152-153

⁷¹ Ref. Ospina & Ospina, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Bogotá: Temis, 2005, P. 154

⁷² Cubides, Jorge & Cubides, Juanita, *Obligaciones*, 5ta. ed., Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2005, P. 203

⁷³ Art. 846. La propuesta será irrevocable. De consiguiente, una vez comunicada, no podrá retractarse el proponente, so pena de indemnizar los perjuicios que con su revocación cause al destinatario. La propuesta conserva su fuerza obligatoria aunque el proponente muera o llegue a ser incapaz en el tiempo medio entre la expedición de la oferta y su aceptación, salvo que de la naturaleza de la oferta o de la voluntad del proponente se deduzca la intención contraria. Código de Comercio, (Colombia), Decreto 410, Diario Oficial No. 33.339, del 16 de junio de 1971

⁷⁴ Art. 847. Las ofertas de mercaderías, con indicación del precio, dirigidas a personas no determinadas, en circulares, prospectos o cualquiera otra especie similar de propaganda escrita, no serán obligatorias para el que las haga. Dirigidas a personas determinadas y acompañadas de una nota que no tenga las características de una circular, serán obligatorias si en ella no se hace salvedad alguna. Código de Comercio, (Colombia), Decreto 410, Diario Oficial No. 33.339, del 16 de junio de 1971

⁷⁵ Art. 848. Las ofertas que hagan los comerciantes en las vitrinas, mostradores y demás dependencias de sus establecimientos con indicación del precio y de las mercaderías ofrecidas, serán obligatorias mientras tales mercaderías estén expuestas al público. También lo será la oferta pública de uno o más géneros determinados o de un cuerpo cierto, por un precio fijo, hasta el día siguiente al del anuncio. Código de Comercio, (Colombia), Decreto 410, Diario Oficial No. 33.339, del 16 de junio de 1971

En el caso chileno no se hace una distinción terminológica para los dos tipos de oferta, por lo tanto de acuerdo al artículo 105 del Código de Comercio “las ofertas indeterminadas contenidas en circulares, catálogos, notas de precio corrientes, prospectos, o en cualquiera otra especie de anuncios impresos, no son obligatorias para el que las hace.”⁷⁶ En cuanto a la oferta a persona determinada el mismo artículo en su numeral segundo genera responsabilidad para el oferente bajo las condiciones ahí establecidas:

Dirigidos los anuncios a personas determinadas, llevan siempre la condición implícita de que al tiempo de la demanda no hayan sido enajenados los efectos ofrecidos, de que no hayan sufrido alteración en su precio, y de que existan en el domicilio del oferente.⁷⁷

Para culminar revisemos el caso ecuatoriano, en el cual el Código de Comercio diferencia la oferta en propuesta (persona determinada) y oferta pública (persona indeterminada). En cuanto a la propuesta, el artículo 143 indica que “el proponente puede arrepentirse en el tiempo que medie entre el envío de la propuesta y la aceptación”⁷⁸ siempre y cuando no se haya comprometido a lo contrario. Para la oferta pública, el artículo 148 obligan al oferente, siempre y cuando se cumplan las condiciones del artículo:

Las ofertas públicas contenidas en circulares, catálogos, avisos publicitarios, proformas, obligan a quien las hace; salvo que en la misma oferta se señale un determinado plazo de validez de la misma o que las condiciones de la oferta original sean modificadas por una oferta posterior.⁷⁹

Entendida la oferta debemos analizar a su complemento, la aceptación. Para Ramos, “la aceptación es el acto jurídico unilateral por el cual la persona a quien va dirigida la oferta manifiesta su conformidad con ella.”⁸⁰ De esta forma el negocio jurídico se perfecciona generando las obligaciones entre partes. La doctrina y la ley nos indican que la aceptación puede ser expresa o tácita, como lo indica el artículo 103 del Código de Comercio Chileno: “La aceptación tácita produce los mismos efectos y está sujeta a las mismas reglas que la expresa.”⁸¹ Sin embargo para ciertos doctrinarios, el silencio también

⁷⁶ Código de Comercio, (Chile), ID norma 1974, 23 de noviembre de 1865, Art. 105

⁷⁷ Código de Comercio, (Chile), ID norma 1974, 23 de noviembre de 1865, Art. 105

⁷⁸ Código de Comercio, (Ecuador), Registro Oficial Suplemento 1202, 20 de agosto de 1960, Art. 143

⁷⁹ Código de Comercio, (Ecuador), Registro Oficial Suplemento 1202, 20 de agosto de 1960, Art. 148

⁸⁰ Ramos, Rene, *Derecho Civil I: Teoría general de los actos jurídicos*, Borrador No Publicado, P. 12

⁸¹ Código de Comercio, (Chile), ID norma 1974, 23 de noviembre de 1865, Art. 103

puede ser un modo de aceptación, y así lo ha establecido la jurisprudencia francesa para aquellos casos donde se pacta dicho efecto para el silencio; cuando al existir relaciones jurídicas anteriores de igual índole se puede inferir el silencio como aceptación; y cuando la costumbre del sitio así lo establezca.⁸²

Ahora nos compete estudiar aquellos requisitos o presupuestos que deben cumplirse para que la aceptación genere el nacimiento del negocio. Para Ramos los requisitos son:

- Que la aceptación sea simple y pura
- Que la aceptación se de mientras la oferta sigue vigente
- Debe ser oportuna
- De ser un negocio solemne cumplir con las solemnidades
- De ser un negocio real entregar el objeto del negocio⁸³

Para Alessandri solo se toma en cuenta los tres primero pues son los generales para todo negocio jurídico mientras que los otros son para casos especiales.⁸⁴

Como primer requisito indicamos que la aceptación debe ser pura y simple, esto quiere decir que el aceptante acoge por completo la oferta sin agregar ni quitar nada. En este punto la doctrina trata la llamada aceptación condicional; la cual debe mirarse como una nueva oferta. Se dice que es condicional cuando contiene reservas o modificaciones que alteran los términos de la oferta. Si el oferente acepta las modificaciones, pasa a ser aceptante de la nueva oferta, y la persona que aceptó condicionalmente queda como nuevo oferente.⁸⁵

De esta forma la aceptación debe “coincidir exactamente con la oferta tanto en cuanto a las personas, como a la cosa a que se refiere y a todas las demás circunstancias o modalidades que contenga.”⁸⁶ En este sentido, solo podrá aceptar el destinatario de la oferta en los casos de persona determinada; y de ser una oferta a varias personas, todas deberán aceptar de igual forma a menos que con anticipación se hayan pactado otras posibilidades.

⁸² Ref. Ospina & Ospina, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Bogotá: Temis, 2005, P. 162

⁸³ Ref. Ramos, Rene, *Derecho Civil I: Teoría general de los actos jurídicos*, Borrador No Publicado, P. 12-14

⁸⁴ Ref. Alessandri, Arturo, *De los contratos*, Chile: Temis, 2000, P. 93

⁸⁵ Ref. Ospina & Ospina, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Bogotá: Temis, 2005, P. 164

⁸⁶ Alessandri, Arturo, *De los contratos*, Chile: Temis, 2000, P. 100

El segundo presupuesto para la validez de la aceptación, es que la oferta siga vigente. Esto quiere decir que no se han cumplido las causales para terminar con la vigencia del mismo.⁸⁷ En este caso debemos recordar que la oferta según su tipo y según el sistema jurídico aplicable, da distintos periodos de vigencia, por lo cual nos enfocaremos en analizar los supuestos donde se da, o se podría dar⁸⁸, la caducidad de la oferta. Me gustaría citar el artículo 101 del Código de Comercio Chileno en cuanto abarca las causas para la pérdida de la vigencia de la propuesta.

Art. 101. Dada la contestación, si en ella se aprobare pura y simplemente la propuesta, el contrato queda en el acto perfeccionado y produce todos sus efectos legales, a no ser que antes de darse la respuesta ocurra la retractación, muerte o incapacidad legal del proponente.⁸⁹

En este sentido iniciaremos con la retractación del proponente, la cual consiste en el arrepentimiento del mismo para celebrar el negocio jurídico, por lo cual retira su oferta. La doctrina chilena distingue dos tipos de retractación en cuanto su ordenamiento sigue la línea francesa de la no obligatoriedad de la oferta. Dichos tipos pueden ser tempestiva o intempestiva: la primera es aceptada por el ordenamiento chileno pues se revoca la oferta antes de darse la aceptación⁹⁰; la segunda retractación para Ramos es la intempestiva la cual se realiza después de la aceptación, por lo tanto ya nacido el negocio jurídico.⁹¹ Cabe resaltar que la retractación intempestiva no produce efectos pues el negocio jurídico se ha perfeccionado por lo cual las partes se encuentran obligadas a su fiel cumplimiento entre si.

Es importante recalcar que no debemos olvidar que de haber retractación opera la responsabilidad aquiliana, por lo cual “impone al proponente la obligación de indemnizar los gastos que la persona a quien fue encaminada la propuesta hubiere hecho, y los daños y

⁸⁷ Ref. Ramos, Rene, *Derecho Civil I: Teoría general de los actos jurídicos*, Borrador No Publicado, P. 13

⁸⁸ Se deja la duda pues según el sistema jurídico que se tome en cuenta las teorías aplicadas diferirán, por ejemplo en el sistema chileno la oferta pública no genera obligatoriedad por regla general; mientras que en el sistema ecuatoriano la misma oferta se presume obligatoria.

⁸⁹ Código de Comercio, (Chile), ID norma 1974, 23 de noviembre de 1865, Art. 101

⁹⁰ Art. 99. El proponente puede arrepentirse en el tiempo medio entre el envío de la propuesta y la aceptación, salvo que al hacerla se hubiere comprometido a esperar contestación o a no disponer del objeto del contrato, sino después de desechada o de transcurrido un determinado plazo. El arrepentimiento no se presume. Código de Comercio, (Chile), ID norma 1974, 23 de noviembre de 1865

⁹¹ Ref. Ramos, Rene, *Derecho Civil I: Teoría general de los actos jurídicos*, Borrador No Publicado, P. 13

perjuicios que hubiere sufrido.”⁹² Por último, el sistema jurídico chileno contempla que en caso de muerte o incapacidad legal del oferente la oferta deja de estar vigente pues se produce su caducidad.⁹³ Al hablar de caducidad, se indica que el derecho se extingue, por lo cual una mera modalidad como la existencia de un plazo queda insubsistente ante la extinción de la oferta.⁹⁴ Para finalizar me gustaría introducir un último supuesto contemplado por Alessandri, que consiste en la destrucción o modificación del objeto de la oferta, lo cual evitaría el perfeccionamiento de la convención. En este punto se maneja de igual forma la teoría de la culpa precontractual, por lo cual el oferente responderá frente al destinatario.⁹⁵

Como tercer requisito de validez de la aceptación, dicho acto debe realizarse oportunamente, esto quiere decir que “si se ha fijado un plazo para aceptar la oferta, ella debe aceptarse dentro de ese plazo o de lo contrario la aceptación será extemporánea.”⁹⁶ Sin embargo en los casos que no se ha fijado un plazo, el ordenamiento jurídico de cada país se ha encargado de colocar plazos diversos, basándose en la forma de comunicar los mensajes de oferta y aceptación. Por ejemplo en la oferta verbal todos los ordenamientos coinciden en que la aceptación debe ser inmediata; mientras que en la escrita se dan plazos de días pues se entiende que se necesita tiempo para que el escrito llegue al destinatario. Por lo tanto, “vencidos los plazos indicados, la propuesta se tendrá por no hecha.”⁹⁷

En caso de darse la aceptación extemporánea el negocio no se ve formado, sin embargo debemos entender que la aceptación podría convertirse en una nueva oferta con los papeles cambiados entre las partes.⁹⁸ Es decir, el aceptante se vuelve oferente y viceversa con lo cual el proceso de formación del consentimiento se reinicia. De darse la aceptación oportuna el negocio jurídico nace, pero parece fundamental resaltar que deben distinguirse dos momentos, aquel donde se da la aceptación y aquel donde el oferente conoce la aceptación, dando primacía al primero pues fue el momento donde se declaró la

⁹² Código de Comercio, (Chile), ID norma 1974, 23 de noviembre de 1865, Art. 100

⁹³ Recordar que en otros sistemas jurídicos seguidores de la doctrina alemana, la obligatoriedad de la oferta se transmite a los herederos del proponente.

⁹⁴ Ref. Alessandri, Arturo, *De los contratos*, Chile: Temis, 2000, P. 95-96

⁹⁵ Ref. Alessandri, Arturo, *De los contratos*, Chile: Temis, 2000, P. 96

⁹⁶ Ramos, Rene, *Derecho Civil I: Teoría general de los actos jurídicos*, Borrador No Publicado, P. 13

⁹⁷ Ramos, Rene, *Derecho Civil I: Teoría general de los actos jurídicos*, Borrador No Publicado, P. 13

⁹⁸ Ref. Alessandri, Arturo, *De los contratos*, Chile: Temis, 2000, P. 99

voluntad y se formó el consentimiento. Con esto se quiere decir que no importa si el conocimiento de la aceptación se da culminado el plazo, siempre y cuando la declaración de la voluntad de aceptar sea oportuna.⁹⁹

En último caso, como Ramos indica, siguiendo la clasificación contractual según la forma en que los contratos se perfeccionan, también existen contratos de orden solemne y contratos reales. En el caso de los primeros la aceptación debe estar acompañada de las formalidades y solemnidades previstas por la ley; mientras en el contrato real, la aceptación debe complementarse con la entrega del objeto del negocio.¹⁰⁰

Ya formado el consentimiento surgen dos últimos problemas a resolver, y es el determinar el momento en que se forma el consentimiento y el lugar donde se realiza.¹⁰¹ Las aplicaciones jurídicas de estos dos elementos son muy importantes pues al concretar el momento podemos verificar si: se cumplen las condiciones de validez, ya sea la capacidad de las partes; la ley es aplicable por el tiempo; la retractación se dio antes o no de la formación.¹⁰² También es considerada como punto de partida para la prescripción de ciertas acciones, por lo cual tiene efectos procesales.

De igual forma es importante especificar el lugar de perfección del negocio puesto que permite fijar la competencia de los tribunales, determinar la ley aplicable, y hasta conocer si aplica o no el derecho consuetudinario del sitio. Para resolver la problemática debemos distinguir si se trata de contratos entre presentes o de contratos entre ausentes, o como los llamaría Ospina: convenciones verbales y convenciones por correspondencia.¹⁰³ Es así que Alessandri los diferencia en que entre presentes las voluntades se declaran verbalmente por lo cual no existe un periodo de tiempo entre la oferta y la aceptación puesto que las partes conocen la declaración del otro inmediatamente luego de ser emitida. La formación entre ausentes supone un periodo de tiempo entre la emisión de la oferta y la

⁹⁹ Ref. Ramos, Rene, *Derecho Civil I: Teoría general de los actos jurídicos*, Borrador No Publicado, P. 13

¹⁰⁰ Ref. Ramos, Rene, *Derecho Civil I: Teoría general de los actos jurídicos*, Borrador No Publicado, P. 14

¹⁰¹ Ref. Alessandri, Arturo, *De los contratos*, Chile: Temis, 2000, P. 101

¹⁰² Ref. Ramos, Rene, *Derecho Civil I: Teoría general de los actos jurídicos*, Borrador No Publicado, P. 14

¹⁰³ Ref. Ospina & Ospina, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Bogotá: Temis, 2005, P. 164

recepción de su destinatario para su aceptación; y de igual forma existe otro periodo entre la aceptación y su conocimiento por el oferente.¹⁰⁴

De esta forma, tratándose de contratos entre presentes, como la “aceptación es conocida por el oferente al tiempo de ser emitida, el consentimiento se forma al momento en que se da la aceptación.”¹⁰⁵ Para los casos entre ausentes la doctrina presenta cuatro teorías para delimitar el momento de la perfección de la convención:¹⁰⁶

1. Teoría de la Aceptación, también conocida como de la Declaración o Aprobación, es de origen francés y de acuerdo con ella el consentimiento se forma en el momento en que el destinatario de la oferta da su aceptación, aunque ésta no sea conocida por el oferente. En principio se coge esta postura debido al dinamismo que permite en las relaciones comerciales, sin embargo se la critica pues puede degenerar en inseguridad jurídica pues el momento de formación será decidido por el arbitrio del aceptante sin haber prueba de ello. De esta forma el oferente puede estar ligado a un contrato sin saberlo ya que no conoce la respuesta del aceptante.¹⁰⁷
2. Teoría de la Expedición es aquella por la cual, el consentimiento se forma en el momento en que se envía la declaración de aceptación, esto es, desde que el aceptante envía al oferente la comunicación, carta o telegrama en que acepta la oferta. Esta teoría procura corregir el error de la Teoría de la Declaración agregando un hecho probatorio de la aceptación, sin embargo el oferente sigue en esta incertidumbre de no saber si su oferta ha sido aceptada, reformada o rechazada.¹⁰⁸
3. Teoría de la Información, del Conocimiento o de la Cognición es aquella en la que el consentimiento existe sólo cuando el proponente ha recibido la aceptación y ha tomado conocimiento real y efectivo de ella. Esta teoría es la única que salvaguarda totalmente al oferente en cuanto sabe que no está obligado hasta conocer la respuesta de aceptación. Indica que ambas voluntades coexisten mas solo llegan a consentir el momento en que ambos conocen la voluntad de la contraparte. La crítica a esta teoría

¹⁰⁴ Ref. Alessandri, Arturo, *De los contratos*, Chile: Temis, 2000, P. 102

¹⁰⁵ Ramos, Rene, *Derecho Civil I: Teoría general de los actos jurídicos*, Borrador No Publicado, P. 14

¹⁰⁶ Ref. Castillo, M. & Horna, P., “La plena vigencia del Código Civil en la contratación contemporánea”, *Tratado de la teoría general de los contratos*, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Perú, 2006, P. 28

¹⁰⁷ De la Puente y Lavalle, Manuel, *Estudios sobre el contrato privado*, Lima: Cultural Cusco S.A., 1983, P. 147

¹⁰⁸ Ref. Ospina & Ospina, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Bogotá: Temis, 2005, P. 166

es que nos deja con el mismo problema de inicio metiéndonos en un círculo vicioso en cuanto ahora es el aceptante el que no sabe si el negocio jurídico ya se perfeccionó o no.¹⁰⁹

4. Teoría de la Recepción es en la que se postula que el consentimiento se forma en el momento en que el oferente recibe la comunicación de aceptación, aunque no tome conocimiento de ella. Se entiende que con esta teoría se evita el cambio de opinión que podría suscitar en el aceptante mas el mero hecho de recibir una comunicación cuyo contenido se desconoce no puede ser elevado al acto voluntario que simboliza la aceptación.¹¹⁰

Es importante señalar cuales de estas teorías son aceptadas en los sistemas con los que hemos estado trabajando. En el caso de Chile se sigue la Teoría de la declaración o aceptación de manera que dada la aceptación el acto queda perfecto aunque ella no sea conocida por el oferente. Es así que el artículo 101 del Código de Comercio Chileno indica que: “dada la contestación, si en ella se aprobare pura y simplemente la propuesta, el contrato queda en el acto perfeccionado”¹¹¹. En el caso ecuatoriano, el artículo 145 del Código de Comercio contiene el mismo texto legal que el chileno por lo cual también sigue la Teoría de la Declaración.¹¹² Colombia por su parte, se maneja por la Teoría del Conocimiento presumida, es decir que la convención se perfecciona por el conocimiento de la aceptación, pero dicho hecho se presume de la recepción de la misma pues debe hacerse directamente al proponente. Esta es la interpretación que Cubides da al artículo 846 del Código de Comercio; que señala que “se entenderá celebrado en [...] el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta”, parece muy elaborado pues simplemente hace hincapié en la Teoría de la Recepción.¹¹³

¹⁰⁹ Ref. Ospina & Ospina, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Bogotá: Temis, 2005, P. 169

¹¹⁰ Ref. De la Puente y Lavalle, Manuel, *Estudios sobre el contrato privado*, Lima: Cultural Cusco S.A., 1983, P. 150

¹¹¹ Código de Comercio, (Chile), ID norma 1974, 23 de noviembre de 1865, Art. 101

¹¹² Art. 145.- Dada la contestación, si en ella se aprobare pura y simplemente la propuesta, el contrato queda en el acto perfeccionado y surte todos sus efectos legales, a no ser que antes de darse la respuesta ocurra la retractación, muerte o incapacidad legal del proponente; salvo lo dispuesto antes sobre indemnización de gastos, daños y perjuicios. Código de Comercio, (Ecuador), Registro Oficial Suplemento 1202, 20 de agosto de 1960

¹¹³ Cfr. Los autores conciben la presunción de que la recepción genera el conocimiento, lo cual es cuestionable ya que el Código es claro. Cabe también señalar que el mismo artículo concibe una presunción

Para determinar el lugar de perfeccionamiento del contrato, se utilizan las mismas teorías que tratan de resolver el momento en que se perfecciona el consentimiento. Por lo tanto, para la Teoría de la Aceptación, el consentimiento se forma en el lugar en que se dio la aceptación; para la Teoría de la Expedición, en el lugar desde el cual se envió dicha aceptación. En cuanto a las Teorías de la Recepción y del Conocimiento; el consentimiento se forma en el lugar del domicilio del oferente, donde éste recibe la aceptación o toma conocimiento de ella, respectivamente.¹¹⁴

En este sentido la legislación (Código de Comercio) ecuatoriana y chilena en sus artículo 147 y 104 respectivamente indican que “se entenderá celebrado el contrato, para todos sus efectos legales, en el de la residencia del que hubiere aceptado la propuesta primitiva o la propuesta modificada.”¹¹⁵ En el caso colombiano sucede lo opuesto pues se entiende celebrado en la residencia del proponente como lo señal el artículo 864 del Código de Comercio.¹¹⁶ En mi opinión estas normas legales no se acogen a ninguna teoría en el sentido en que ellas se refieren al lugar donde se aceptó, se expidió, se recibió o se conoció; sin embargo las normas utilizan un termino jurídico aislado que es el de la residencia, puesto que cualquiera de la partes pudo realizar uno de los cuatro hechos en sitios diferentes a su residencia con lo cual no hay concordancia necesaria con las teorías. También me gustaría agregar que en base a la autonomía de la voluntad se puede pactar el momento de celebración como el lugar, por lo cual todas las teorías doctrinarias y los ordenamientos jurídicos solo proveen una base cuando los contratantes no han pactado, evitando así vacíos en los mismos.

legal por la cual el envío de la aceptación constituye prueba para demostrar la recepción. De esta forma, si se demuestra el envío se presume la recepción, y de haber recepción se presume el conocimiento con lo cual se perfecciona el contrato. Cubides, Jorge & Cubides, Juanita, *Obligaciones*, 5ta. ed., Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2005, P. 207

¹¹⁴ Ramos, Rene, *Derecho Civil I: Teoría general de los actos jurídicos*, Borrador No Publicado, P. 15

¹¹⁵ Código de Comercio, (Ecuador), Registro Oficial Suplemento 1202, 20 de agosto de 1960, Art. 147; Código de Comercio, (Chile), ID norma 1974, 23 de noviembre de 1865, Art. 104

¹¹⁶ ART. 864. El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y, salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta. Se presumirá que el oferente ha recibido la aceptación cuando el destinatario pruebe la remisión de ella dentro de los términos fijados por los artículos 850 y 851. Código de Comercio, (Colombia), Decreto 410, Diario Oficial No. 33.339, del 16 de junio de 1971

1.3. Consentimiento como requisito de validez

Perfeccionado el negocio jurídico presumimos que el negocio es válido, esto quiere decir que producirá los efectos jurídicos, dando instrumentos para exigir las prestaciones de la contraparte. El Diccionario Jurídico Elemental de Cabanellas nos indica que la validez es la “cualidad de un acto o contrato jurídico para surtir los efectos legales propios, según su naturaleza y la voluntad constitutiva.”¹¹⁷ Es decir que el negocio jurídico debe perfeccionarse acogido a ciertos requisitos para que tenga validez, siendo estos acogidos por los ordenamientos jurídicos en: capacidad legal de las partes, consentimiento no viciado, objeto lícito y causa lícita. Estos elementos se encuentran enumerados en los Códigos Civiles ecuatoriano, colombiano y chileno¹¹⁸; sin embargo en otros ordenamientos como el español la capacidad no es tomada en cuenta, siendo solo tres los elementos de validez del negocio.¹¹⁹

Recordando, nos damos cuenta que estos requisitos son aquellos considerados como elementos esenciales del negocio, por lo tanto estos parámetros son necesarios para la existencia y para la validez del negocio. Aunque son los mismos elementos, su ausencia ha generado una división doctrinaria, en cuanto al surgimiento de la Teoría de la Inexistencia, frente a la de la Nulidad. Estas teorías serán desarrolladas más adelante pero cabe recalcar que la mayoría de ordenamientos jurídicos no contemplan la inexistencia, sino sólo la nulidad de los actos.

Igual que antes nos enfocaremos sólo en el consentimiento, en este caso en aquellos casos donde la voluntad formadora del consentimiento está viciada. Los vicios de la voluntad son: el error, la fuerza y el dolo; así lo expresa el artículo 1467 del Código Civil

¹¹⁷ Cabanellas, Guillermo, *Diccionario jurídico elemental*, 15° ed., Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2003

¹¹⁸ Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: Que sea legalmente capaz; Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio; Que recaiga sobre un objeto lícito; y, Que tenga una causa lícita. La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra. Código Civil, (Ecuador), Registro Oficial Suplemento 46, 24 de junio de 2005, Art. 1461; Código Civil, (Colombia), Ley nº 57, 26 de mayo de 1873, Art. 1502; Código Civil, (Chile), ID norma 172986, 30 de mayo de 2000, Art. 1445

¹¹⁹ Art. 1261. No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1. Consentimiento de los contratantes. 2. Objeto cierto que sea materia del contrato. 3. Causa de la obligación que se establezca. Código Civil, (España), Real Decreto, 24 de julio de 1889

ecuatoriano.¹²⁰ Debemos recalcar que pese a que los Códigos Bello, hablan de vicios del consentimiento, debemos entender que son vicios de la voluntad, la cual permite consentir con otra generando el negocio jurídico. Es decir, debemos entender que el consentimiento esta viciado, o no se dio, puesto que una o ambas voluntades no son reales.¹²¹ De manera que las reglas sobre los vicios del consentimiento se aplican tanto a los actos jurídicos unilaterales como bilaterales.

Cuando indicamos que la voluntad ha sido viciada, quiere decir que existe discordancia entre lo querido y lo manifestado. Mas debemos separar los vicios de aquellos casos donde dicha divergencia también aparece como es el caso de la reserva mental, cuando un tercero declara por una de las partes sin tener representación, y cuando la declaración no es verdadera pues tiene fines didácticos (*iocandi causa*).¹²² Como vemos existen otros casos de disconformidad, los cuales no tienen que ver necesariamente con los vicios de la voluntad.

Continuando con nuestro estudio, el error es la disconformidad entre el pensamiento y la realidad. Sin embargo la doctrina ha incluido un segundo concepto de error, equiparándolo a la ignorancia; por lo cual para el Derecho el error también es el no conocimiento. Como sabemos ambos conceptos son distintos, pues el error es “una oposición entre el concepto y la realidad, al paso que la segunda (la ignorancia) se caracteriza por la ausencia de concepto.”¹²³ En palabras más sencillas como lo señala Ramos, una cosa es conocer mal cierto tema; y otra muy distinta es no conocer dicho tema. Pero dentro del Derecho esta distinción carece de importancia; puesto que el legislador equipara al ignorante con el que incurre en un error, dándoles igual trato a ambos.¹²⁴

Sea la acepción que fuere el Error se clasifica en dos grandes grupos, si el error recae sobre una persona o una cosa, es error de hecho; si es sobre la ley, es de derecho.

¹²⁰ Art. 1467 Los vicios de que puede adolecer el consentimiento son error, fuerza y dolo. Código Civil, (Ecuador), Registro Oficial Suplemento 46, 24 de junio de 2005

¹²¹ Ref. Ramos, Rene, *Derecho Civil I: Teoría general de los actos jurídicos*, Borrador No Publicado, P. 16

¹²² Ref. La reserva mental sucede cuando el sujeto declara conscientemente algo que no desea, como pasa en los casos de simulación. En cuanto a *iocandi causa* se refiere, debemos indicar que son aquellas supuestas declaraciones carentes de intención de generar negocio pues son de uso didáctico sobretodo (en casos de ejemplificación). Compagnucci, Rubén, *El negocio jurídico*, Buenos Aires: Astrea, 1992, P. 224

¹²³ Ospina & Ospina, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Bogotá: Temis, 2005, P. 181

¹²⁴ Ref. Ramos, Rene, *Derecho Civil I: Teoría general de los actos jurídicos*, Borrador No Publicado, P. 16

Empezando por el error de derecho, decimos que es la ignorancia o el concepto equivocado que se tiene de la ley. Según el artículo 1468 del Código Civil Ecuatoriano, “el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento”¹²⁵; esto quiere decir, que en concordancia a la presunción de conocimiento de la ley (Principio general del Derecho), nadie puede excusar sus actos en el desconocimiento del sistema jurídico. Bajo este principio, aquel que ha contratado teniendo un concepto equivocado o ignorando el ordenamiento jurídico, no puede a futuro dejar de cumplir sus obligaciones por dicha causa.¹²⁶

Pese a esto, los mismos códigos han generado excepciones a esta regla, por lo cual en ciertos casos el error de derecho es causal de nulidad. En este sentido la doctrina se separa en aquellos que como Borda, indican que son excepciones aparentes pues el error no es en sí la causa de la nulidad solicitada.¹²⁷ Sin embargo para autores como Ramos, estas excepciones existen en cuanto deben ceder ante otro principio jurídico. Por ejemplo, siguiendo el principio de que nadie puede enriquecerse a costa ajena, el Código Bello indica que: “Se podrá repetir, aun lo pagado por un error de derecho cuando el pago no tenía por fundamento ni aún una obligación puramente natural.”¹²⁸ De igual forma el Código Vélez Sarsfield en su artículo 784 nos indica que “el que por un error de hecho o de derecho, se creyere deudor, y entregase alguna cosa o cantidad en pago, tiene derecho a repetirla del que la recibió.”¹²⁹

En cuanto al error de hecho, este se refiere cuando el mismo surge sobre una cosa, persona o hecho. Pero aquí también debemos distinguir dos tipos de errores que podrían confundirse: el error obstativo y el error vicio. El primero es aquel que para los doctrinarios vicia la manifestación de la voluntad generando la inexistencia del negocio ya que la declaración carece de intención y conciencia; puesto que el error sucede en la

¹²⁵ Código Civil, (Ecuador), Registro Oficial Suplemento 46, 24 de junio de 2005, Art. 1468; Código Civil, (Colombia), Ley nº 57, 26 de mayo de 1873, Art. 1509; *Código Civil*, (Chile), ID norma 172986, 30 de mayo de 2000, Art. 1452

¹²⁶ Ref. Borda, G., *Manual de Derecho Civil: Parte General*, 19° ed., Buenos Aires: Editorial Emilio Perrot, 1998, P. 497-498

¹²⁷ Ref. Borda, G., *Manual de Derecho Civil: Parte General*, 19° ed., Buenos Aires: Editorial Emilio Perrot, 1998, P. 499

¹²⁸ Código Civil, (Ecuador), Registro Oficial Suplemento 46, 24 de junio de 2005, Art. 2197; Código Civil, (Colombia), Ley nº 57, 26 de mayo de 1873, Art. 2315; Código Civil, (Chile), ID norma 172986, 30 de mayo de 2000, Art. 2297

¹²⁹ Código Civil, (Argentina), Ley nº 17.711, 22 de abril de 1968, Art. 784

manifestación o en su transmisión.¹³⁰ La característica de este error es que el individuo no está siquiera consciente de su declaración; por esta razón para Compagnucci este error puede suceder por una respuesta distraída y negligente a una oferta, cuando existe confusión en el lenguaje, o cuando el medio de comunicación no es el apto generando ideas diferentes entre el emisor y el receptor.

El error vicio, por su parte, es aquel que influye en la formación de la voluntad, pues esta se forma viciada ya que se ha generado una concepción errónea previa a la declaración de la voluntad. En este sentido el individuo consiente en algo que él pensaba que era lo que quería; por lo tanto se obliga por los móviles equivocados. En definitiva, la doctrina señala que el error obstativo evita el consentimiento pues la declaración es errónea, por lo cual el negocio nunca nace (inexistente); pero el error vicio no afecta la declaración sino que afecta las causas para dar dicha declaración, por lo cual el negocio nace pero puede ser anulado.¹³¹

Ahora bien, el error de hecho, a su vez, puede clasificarse en: error esencial, error sustancial, error accidental, o error en la persona. El error esencial es el que recae sobre la naturaleza del acto o contrato o sobre la identidad específica de la cosa de que se trate.¹³² Este error genera distintos tratamientos según la legislación o doctrina a aplicar. Es así que para unos la sanción es la inexistencia del acto por falta de consentimiento; para otros puede ser la nulidad absoluta pues la inexistencia no es aceptada en los ordenamientos jurídicos; y otros señalan que la sanción es la nulidad relativa.¹³³

Error sustancial es aquel que recae sobre la sustancia o calidad esencial del objeto sobre el que versa el acto o contrato. En efecto, dice el artículo 1470 del Código Civil ecuatoriano: “El error de hecho vicia asimismo el consentimiento, cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el contrato, es diversa de lo que se cree; como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata, y realmente es una

¹³⁰ Ref. Compagnucci, Rubén, *El negocio jurídico*, Buenos Aires: Astrea, 1992, P. 226

¹³¹ Ref. Compagnucci, Rubén, *El negocio jurídico*, Buenos Aires: Astrea, 1992, P. 230

¹³² Art. 1469. El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito, y la otra donación; o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si, en el contrato de venta, el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra. Código Civil, (Ecuador), Registro Oficial Suplemento 46, 24 de junio de 2005. Texto idéntico al artículo 1453 del Código Civil Chileno.

¹³³ Ramos, Rene, *Derecho Civil I: Teoría general de los actos jurídicos*, Borrador No Publicado, P. 17

masa de algún otro material semejante.”¹³⁴ De igual forma, el error sustancial puede recaer no sólo sobre la composición de la cosa u objeto, sino también sobre cualquiera otra cualidad que es esencial del objeto.

La doctrina trata también el error accidental, el cual recae en las cualidades accidentales del acto. En principio dichas cualidades son indiferentes para determinar el consentimiento y voluntad de efectuar el negocio; por lo cual el error accidental no vicia el consentimiento, a menos que dicha calidad accidental del objeto haya sido el principal motivo para contratar y que este motivo haya sido conocido por la contraparte. En este sentido la calidad accidental es elevada a esencial por el hecho de ser determinante para la celebración.¹³⁵ El error en la persona es tratado de manera similar que el error accidental, en cuanto no vicia el consentimiento, a menos que esa persona sea la causa principal de la celebración del negocio, es decir son actos intuitu persona.¹³⁶ Existen varios ejemplos de negocios donde la determinación de la contraparte es fundamental para la celebración, como sucede en el caso de un mandato, de una transacción, etc.¹³⁷

Como segundo vicio del consentimiento trataremos a la fuerza, la cual es “toda presión física o moral que se ejerce sobre una persona para inducirla a prestar su consentimiento en un acto jurídico.”¹³⁸ De esta forma la fuerza puede ser de dos clases: fuerza física y fuerza moral. La primera también conocida como presión material o violencia, causa o la inexistencia o la nulidad según la teoría que se aplique en cada legislación. Por su parte la fuerza moral, presión moral o psicológica es considerada un vicio

¹³⁴ Código Civil, (Ecuador), Registro Oficial Suplemento 46, 24 de junio de 2005, Art. 1470. Texto idéntico al artículo 1454 del Código Civil Chileno.

¹³⁵ Cfr. Compagnucci señala que el error accidental no da lugar a la nulidad accidental, sin embargo al tratar el principio de excusabilidad necesario para invocar la nulidad indica que el error, en general, no perjudicará cuando ha existido razón para errar y no hay negligencia culpable. Compagnucci, Rubén, *El negocio jurídico*, Buenos Aires: Astrea, 1992, P. 233-234

¹³⁶ Ref. Ospina & Ospina, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Bogotá: Temis, 2005, P. 193-194

¹³⁷ Cfr. Borda maneja la teoría del error *in mente retenta* por el cual si uno creyó contratar con cierta persona por ciertas cualidades específicas de dicha persona, y jamás lo exteriorizó cae en negligencia culpable, por lo cual no genera nulidad. Borda, G., *Manual de Derecho Civil: Parte General*, 19° ed., Buenos Aires: Editorial Emilio Perrot, 1998, P. 494-496

¹³⁸ Ospina & Ospina, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Bogotá: Temis, 2005, P. 212

de la voluntad en cuanto la declaración de la voluntad se da dentro de parámetros normales por así decirlo, pero no existe igualdad entre lo declarado y la voluntad real.¹³⁹

Para nuestro Código Civil “la fuerza no vicia el consentimiento, sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición.”¹⁴⁰ En este sentido la doctrina ha determinado tres elementos que deben cumplirse para que la fuerza vicie el consentimiento; por lo tanto la misma debe ser grave, determinante e injusta. Con respecto a la primera, Ramos indica que la gravedad a tomar en consideración es aquella que cumple con lo establecido en el artículo 1472 del Código Civil Ecuatoriano antes citado.¹⁴¹ Esta es la razón por la cual el segundo inciso de dicho artículo establece que el llamado temor reverencial, no basta para viciar el consentimiento. En este punto algunos autores incluyen la actualidad de la fuerza dentro del requisito de gravedad, mientras otros lo separan como un cuarto requisito; sin embargo lo único que debe importar es que la fuerza aplicada obviamente debe ser actual con respecto a la declaración de voluntad.¹⁴²

En cuanto al segundo requisito, debemos indicar que la fuerza debe ser determinante, es decir, debe ser la causa que llevó a la celebración del acto o contrato. También se lo asocia con la actualidad de la fuerza con un elemento extra que recae en que, para que opere el vicio, se cumplirá el supuesto por el cual de no haber existido fuerza, la declaración no se hubiera dado.¹⁴³ Por último, la fuerza será injusta, o contraria a la ley, por lo tanto no es aceptada por el Derecho. En este sentido la amenaza de proceder al ejercicio legítimo de un derecho no constituye vicio del consentimiento; como sucedería en el caso

¹³⁹ Ref. Ramos, Rene, *Derecho Civil I: Teoría general de los actos jurídicos*, Borrador No Publicado, P. 19-20

¹⁴⁰ Código Civil, (Ecuador), Registro Oficial Suplemento 46, 24 de junio de 2005, Art. 1472

¹⁴¹ Ramos analiza el artículo 1456 del Código Civil chileno cuyo texto es idéntico al artículo 1472 ecuatoriano antes citado.

¹⁴² Cfr. Ramos utiliza el término actual mas Borda se refiere a un mal inminente y grave, por lo cual señala que la amenaza o daño de no ser inmediatos deben ser próximos para generar vicio del consentimiento. Borda, G., *Manual de Derecho Civil: Parte General*, 19° ed., Buenos Aires: Editorial Emilio Perrot, 1998, P. 506.507

¹⁴³ Ref. Ramos, Rene, *Derecho Civil I: Teoría general de los actos jurídicos*, Borrador No Publicado, P. 20

de que un acreedor amenace con ejercitar una acción judicial en contra de un deudor moroso.¹⁴⁴

Ahora bien, para que la fuerza vicie el consentimiento, no es necesario que sea ejercida por aquel que resulta beneficiado por ella; basta que se haya empleado la fuerza por cualquier persona con el objeto de obtener el consentimiento como lo establecen los distintos ordenamientos jurídicos.¹⁴⁵ Es así, que cuando la fuerza cumple con todos los requisitos antes señalados es considerado un vicio del consentimiento y como consecuencia su sanción es la nulidad relativa. Esto se da en cuanto la declaración de voluntad es perfecta por lo cual existe consentimiento viciado, por esta razón no se considera ni a la inexistencia ni a la nulidad absoluta como posibles sanciones.

Como último vicio del consentimiento a tratar, se analizará el dolo, el cual de acuerdo con el artículo 29 del Código Civil Ecuatoriano, consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.¹⁴⁶ Es importante señalar que el dolo puede presentarse en tres campos distintos, como lo es la celebración de actos y contratos donde constituye vicio del consentimiento y nos compete su estudio. También puede aparecer en la ejecución del contrato como agravante de la responsabilidad del deudor, y por último en los delitos civiles. Para el caso que nos compete debemos tomar al dolo, como antes lo señalamos, como “Toda maquinación fraudulenta realizada por una de las partes que induce a la otra a contratar.”¹⁴⁷ En este sentido el dolo esta compuesto por dos elementos: la intención de causar perjuicios; y que dicha intención se traduzca en hechos concretos, trátase de acciones u omisiones.

Con respecto al hecho doloso debemos indicar que éste puede ser positivo o negativo según se trate de un hecho o una abstención. Dentro de las abstenciones dolosas

¹⁴⁴ Ref. Los Ospinas tratan este elemento como injusto, entendiendo que la fuerza es injusta cuando no tiene legitimación en el ordenamiento jurídico. Ospina & Ospina, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Bogotá: Temis, 2005, P. 216

¹⁴⁵ Art. 1473. Para que la fuerza vicie el consentimiento no es necesario que la ejerza el que es beneficiado por ella; basta que se haya empleado la fuerza por cualquiera persona, con el fin de obtener el consentimiento. Código Civil, (Ecuador), Registro Oficial Suplemento 46, 24 de junio de 2005. Texto idéntico al Artículo 1457 del Código Civil Chileno.

¹⁴⁶ Art. 29. [...]El dolo consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro. Código Civil, (Ecuador), Registro Oficial Suplemento 46, 24 de junio de 2005. Texto idéntico al Artículo 44 del Código Civil Chileno.

¹⁴⁷ Ramos, Rene, *Derecho Civil I: Teoría general de los actos jurídicos*, Borrador No Publicado, P. 20

merece destacarse el silencio o reticencia. El silencio constituye dolo cuando una persona calla estando obligada a hablar por la ley, la costumbre o las circunstancias del caso y otra celebra un acto jurídico que no habría celebrado o lo habría hecho en otras condiciones, si la primera hubiere hablado.¹⁴⁸ El dolo también puede ser principal o incidental, entendiendo que el dolo principal es aquel por el cual se llevó a cabo el negocio; mientras el incidental es aquel que no determina a una persona a celebrar el acto jurídico, pero sí a concluirlo en distintas condiciones que en las que lo habría concluido, generalmente menos onerosas, si el hecho doloso no hubiera existido.¹⁴⁹

En este sentido Ramos, indica que para que el dolo sea considerado vicio del consentimiento, debe ser principal, y llevado a cabo por una de las partes. Su argumento se basa en el análisis del artículo 1474 del Código Civil Ecuatoriano:¹⁵⁰

El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando, además, aparece claramente que sin él no hubieran contratado. En los demás casos el dolo da a lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el total valor de los perjuicios, y contra las segundas hasta concurrencia del provecho que han reportado del dolo.¹⁵¹

Siguiendo esta argumentación, cuando el dolo es incidental, o cuando, a pesar de ser principal, no es obra de las partes, no vicia el acto, sino que daría lugar a la indemnización de perjuicios. Ahora bien, el dolo como vicio del consentimiento acarrea la nulidad relativa del acto o contrato; por lo cual como señalamos antes, de no cumplirse los requisitos para que el dolo vicie el consentimiento, tan sólo da lugar a la acción de perjuicios.¹⁵²

En resumen, los vicios del consentimiento son aquellos que inducen a la generación de una voluntad distinta a la deseada, vicio sin el cual no se hubiera formado la voluntad de consentir. Estos vicios son el error, la fuerza y el dolo, los cuales están regulados por la

¹⁴⁸ Ref. Compagnucci, Rubén, *El negocio jurídico*, Buenos Aires: Astrea, 1992, P. 285

¹⁴⁹ Ref. Borda, G., *Manual de Derecho Civil: Parte General*, 19° ed., Buenos Aires: Editorial Emilio Perrot, 1998, P. 504

¹⁵⁰ Ramos analiza el artículo 1458 del Código Civil chileno cuyo texto es idéntico al artículo 1474 ecuatoriano.

¹⁵¹ Código Civil, (Ecuador), Registro Oficial Suplemento 46, 24 de junio de 2005, Art. 1474

¹⁵² Borda, G., *Manual de Derecho Civil: Parte General*, 19° ed., Buenos Aires: Editorial Emilio Perrot, 1998, P. 503-504

normativa jurídica de cada Estado, con lo cual se restringe la aplicación de estos conceptos estableciendo prerrogativas bajo las cuales se vicia el consentimiento, perdiendo efecto las obligaciones consentidas.

1.4. Contratos de cláusula general o adhesión

La evolución tecnológica, conjuntamente con el desarrollo comercial han generado una realidad de contratación masiva; es decir, casi la totalidad de los contratos celebrados en el día a día por una persona son contratos predispuestos unilateralmente por una de las partes. Esta realidad la vivimos a diario, desde comprar víveres en un supermercado al precio ya establecido por el vendedor, hasta abrir una cuenta bancaria bajo las estipulaciones del banco. En este sentido, dichos contratos pueden ser verbales o escritos indistintamente, inclusive por medios electrónicos.

Este tipo de contratos son conocidos por varios nombres según la doctrina que los ha tratado, sea como contratos de condiciones o cláusulas generales, contratos tipo, contratos reglados y por último contratos de adhesión¹⁵³. Sin embargo todos responden a una característica única, no existe negociación puesto que una de las partes estipula condiciones inmutables para la celebración del negocio jurídico. Es así que, “actualmente, los contratos por adhesión son los acuerdos de voluntades referentes a la propuesta de obligaciones y derechos inflexibles, por el oferente al ofertado, para que éste los acepte o rechace sin distinción.”¹⁵⁴

El origen de estos contratos es la necesidad de fomentar el comercio, en cuanto la venta de productos o servicios se realizan al público en general, por lo tanto el aceptante no es una persona determinada por el proveedor del bien o servicio. En este sentido, dichos proveedores deben generar normas consensuales mínimas, estipuladas unilateralmente; que permitan un trato igualitario y uniforme frente a los consumidores. Sin embargo esto genera

¹⁵³ Ref. Contratos de adhesión es el término con el cual bautizó Raymond Saleilles a este tipo de negocio jurídico. Alessandri, Arturo, *De los contratos*, Chile: Temis, 2000, P. 40

¹⁵⁴ Rubiel, Juan, “Contratos por Adhesión”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México: McGraw-Hill, Año 8, Núm. 22, Enero-Abril 1997, P. 53

desequilibrio en cuanto las cláusulas prestablecidas pueden ser abusivas por lo cual fue necesaria la creación de un marco legal limitante a las mismas, marco normativo que será tratado posteriormente. De esta manera, decimos que existe una libertad e igualdad jurídica entre las partes, sin embargo estas desaparecen en el plano económico¹⁵⁵ en cuanto la necesidad de acceder a un producto se ve subordinado a la aceptación de una oferta inmutable.¹⁵⁶

Para algunos autores el intervencionismo estatal es un claro atentado a la libertad contractual, puesto que limita legalmente las condiciones a pactar con la finalidad de proteger al aceptante que se encuentra en una posición económica desequilibrada frente al oferente. Este hecho ha generado la llamada crisis o decadencia del contrato, la cual como lo explica Juan Manuel Rubiel, debe ser entendida como la evolución de la teoría contractual de un ámbito de creación bilateral a uno unilateral y moderado por la ley.¹⁵⁷ Esta nueva modalidad responde a la contratación masiva o predispuesta, sistema que también se ha visto afectado con la evolución tecnológica dando gran importancia al comercio electrónico.

Es así que los nuevos sistemas de contratación buscan “viabilizar y agilizar la celebración de numerosos contratos de tal forma que sin suprimir el consentimiento [..], pueda lograrse rápidamente el acuerdo contractual.”¹⁵⁸ Sin embargo la estandarización contractual puede llegar a un estancamiento en la evolución del derecho en cuanto el predisponente (oferente) y la norma jurídica limitante no tienen una relación de retroalimentación con respecto a la realidad del adherente (aceptante).¹⁵⁹

¹⁵⁵ Ref. Borda, Guillermo, *Manual de contratos*, 17° ed, Buenos Aires: Editorial Emilio Perrot, 1995, P. 15

¹⁵⁶ Ref. “la libertad y la igualdad de las partes, pilares fundamentales de la teoría liberal del contrato subsisten hoy en el plano jurídico, pero tienden a desaparecer en el económico”. Carlos Soto, “Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos”, *Vniversitas*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Núm. 106, diciembre 2003, P. 570

¹⁵⁷ Ref. Soto, Carlos, “Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos”, *Vniversitas*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Núm. 106, diciembre 2003, P. 571

¹⁵⁸ Soto, Carlos, “Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos”, *Vniversitas*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Núm. 106, diciembre 2003, P. 573

¹⁵⁹ Jiménez, Roxana, “La oferta al público en el Código Civil y en la Ley de Protección al Consumidor”, *Instituciones del Derecho Privado - Contratación Contemporánea*, Bogotá: Editorial Temis y Palestra Editores, 2000, Vol. 1, P. 515

Por lo tanto, la definición de un contrato de adhesión es más amplia que la antes citada por Rubiel, en cuanto debemos comprender el interés del ordenamiento jurídico por regir dichas relaciones contractuales. Es así que la definición dada por la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor del Ecuador señala:

Contrato de Adhesión.- Es aquel cuyas cláusulas han sido establecidas unilateralmente por el proveedor a través de contratos impresos o en formularios sin que el consumidor, para celebrarlo, haya discutido su contenido.¹⁶⁰

En otros ordenamientos jurídicos como el caso venezolano, en su Ley de Protección al Consumidor y al Usuario se indica que:

Se entenderá como contrato de adhesión, a los efectos de esta Ley, aquel cuyas cláusulas han sido aprobadas por la autoridad competente o establecidas unilateralmente por el proveedor de bienes o servicios, sin que el consumidor pueda discutir o modificar substancialmente su contenido al momento de contratar.¹⁶¹

He citado el caso venezolano pues presenta un control previo legalmente establecido, en cuanto las cláusulas son aprobadas por una autoridad que permite la limitación jurídica de las mismas, existiendo una censura previa a la oferta contractual. Esta particularidad nos demuestra que el control estatal será distinto según el tratamiento de cada ordenamiento jurídico, siendo los entes legislativos quienes limitarán la creación, uso y aceptación de las cláusulas generales.

Sin embargo, pese a existir ciertas diferencias en los ordenamientos jurídicos, los principios reguladores son similares. Es así que en todos los ordenamientos existirá un grado de control estatal, talvez no previo a la celebración del contrato, pero sí posterior a su perfeccionamiento. Si hablamos del caso ecuatoriano en específico, el control es posterior en caso de irregularidades frente al marco legal establecido para dichos contratos. La normativa jurídica ecuatoriana dedica el Capítulo VII de la Ley de Defensa del Consumidor

¹⁶⁰ Ley de Defensa del Consumidor, (Ecuador), Registro Oficial Suplemento 116, 10 de julio de 2000, Art. 2, Inciso cuarto. Texto similar al Numeral sexto del Art. 1 de Ley de Defensa del Consumidor, (Chile), Ley nº 19496, 7 de marzo de 1997

¹⁶¹ Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, (Venezuela), Gaceta Oficial 37.930, 4 de mayo de 2004, Art. 81

a la protección contractual y todas aquellas cláusulas que por considerarse abusivas legalmente son nulas contractualmente.¹⁶²

Conociendo el concepto legal que nos brinda el ordenamiento jurídico ecuatoriano, me parece importante completarlo con el tratamiento jurisprudencial del tema. Es así que la jurisprudencia ecuatoriana define a los contratos de adhesión como aquellos en los cuales:

la fase de negociación del contrato ha quedado eliminada, puesto que una de las partes fija prolijamente todas y cada una de las cláusulas, de tal suerte que a la otra no le queda otra libertad que la de dar su consentimiento o rechazar el contrato. La doctrina predominante, le reconoce carácter contractual; la circunstancia de que no haya discusión de las cláusulas, que una de las partes puede aceptar o rechazar, no elimina el acuerdo de voluntades, porque la discusión no es la esencia del contrato, lo esencial es que las partes estén de acuerdo con la oferta o que exista una declaración de voluntad común.¹⁶³

Como vemos las definiciones son similares en los diferentes ordenamientos jurídicos, por lo cual, dichos contratos compartirán una serie de elementos o características propias de este tipo de negocio jurídico. En este sentido la jurisprudencia venezolana ha enumerado una serie de características típicas de un contrato de adhesión. Los elementos a considerar son:

- La oferta tiene un carácter general y permanente, dirigida a persona indeterminada y siendo mantenida por tiempo ilimitado;
- La oferta generalmente emana de un contratante dotado de cierto poder económico, bien sea originado por sus propias fuerzas o como consecuencia de la unión con otras empresas análogas;
- El objeto del contrato es la prestación de un servicio privado, pretendido por un sector privilegiado de la comunidad y que solamente la persona jurídica puede proporcionar;
- La oferta puede aparecer bajo la forma de un contrato tipo o formato cuyas condiciones generales se presentan en bloque a los futuros adherentes particulares; y

¹⁶² Ref. Ley de Defensa del Consumidor, (Ecuador), Registro Oficial Suplemento 116, 10 de julio de 2000, Capítulo VII

¹⁶³ Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 6. Página 1539 (Quito, 24 de mayo de 2001)

- El contrato comprende una serie de cláusulas establecidas generalmente en interés del oferente y en pequeña monta a favor del futuro adherente particular.¹⁶⁴

Sin embargo, en la opinión de Acedo, a la cual me adhiero, estos elementos no son esenciales para la existencia del contrato de adhesión. Para Acedo el pilar de esta forma negocial es la existencia de un “texto contractual prerredactado”¹⁶⁵, el cual es simplemente aceptado por el adherente dando nacimiento al negocio jurídico. Es decir, que la realidad en la que se encuentran los contratos de adhesión no responden necesariamente a dichos elementos ya que son características no esenciales de este tipo de negocio jurídico. Alessandri mantiene una posición parecida, al enumerar características similares a las dadas por la jurisprudencia venezolana, sin embargo, él mismo acepta que puede o no existir la desigualdad económica contractual por ejemplo, mas afirma que la característica esencial es la predisposición de cláusulas y su simple adhesión para el perfeccionamiento.¹⁶⁶

Es así que el contrato de adhesión tiene por característica universal la existencia de cláusulas generales o predisuestas. Esto infiere que antes del perfeccionamiento contractual dado por el consentimiento de las partes, se generó un proceso de creación de dicha oferta o cláusulas generales por parte del proponente. Dichas cláusulas por el tipo de negocio jurídico en el que formarán parte, responden a cinco características: predisposición, generalidad, uniformidad, abstracción e inmutabilidad.¹⁶⁷

La predisposición o preformulación es la redacción previa de las cláusulas, las cuales son generales pues se dirigen al público en general. Es uniforme puesto que las cláusulas son las mismas en los diferentes contratos de adhesión suscritos entre el predisponente y el adherente de cada contrato. La inmutabilidad se refiere a la incapacidad del adherente a realizar o proponer cambios en las cláusulas previamente establecidas, siendo la característica primordial para alcanzar su fin, “la contratación masiva de bienes y servicios.”¹⁶⁸ Las cláusulas son abstractas pues son concebidas independientemente del

¹⁶⁴ Casación Civil, 7 de noviembre de 2003 (<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/noviembre/rc-00660-071103-01213.htm>). Exp. 01-123

¹⁶⁵ Acedo, Carlos, *Contratos de Adhesión*, Mendoza Palacios, 2007, P. 7

¹⁶⁶ Ref. Alessandri, Arturo, *De los contratos*, Chile: Temis, 2000, P. 114

¹⁶⁷ Ref. Soto, Carlos, “Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos”, *Vniversitas*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Núm. 106, diciembre 2003, P. 577

¹⁶⁸ Soto, Carlos, “Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos”, *Vniversitas*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Núm. 106, diciembre 2003, P. 579

contrato en el que se convierten, es decir la doctrina separa en dos momentos al texto contractual, siendo el punto de división la adhesión consensual del aceptante.

Primero son cláusulas generales para la contratación de determinado bien o servicio cuya naturaleza jurídica ha sido discutida por los doctrinarios. La disconformidad existe en cuanto las cláusulas *per se* no son obligaciones contractuales pues no han sido aceptadas por el adherente, por lo cual no existe obligación alguna. Este hecho ha dividido a la opinión doctrinaria puesto que se han propuesto varias tesis para este problema. Empezaré por la tesis normativista representada por los alemanes Kohler, Hildebrant entre otros.¹⁶⁹ Para ellos, las cláusulas generales previo perfeccionamiento contractual, por su gran utilización pueden generar usos mercantiles (derecho consuetudinario) y por lo tanto deben ser consideradas como normas dispositivas privadas.¹⁷⁰

En contraposición, la tesis contractualista es la más aceptada, e indica que las cláusulas generales no son más que una simple “expresión de la autonomía privada”¹⁷¹ que sólo adquieren obligatoriedad contractual al momento de perfeccionarse el contrato mediante el consentimiento. En este sentido no cabe el estudio de la naturaleza jurídica de la cláusula general anterior al contrato.

Sin embargo al momento de analizar el negocio jurídico ya perfeccionado, una corriente ataca al mismo, indicando que por sus características no puede ser considerado de naturaleza contractual en cuanto son “unilaterales, pues una de las partes al emitir una voluntad reglamentaria impondría su decisión a la otra, la cual desempeñaría un papel pasivo.”¹⁷² Esta afirmación, en opinión de Acedo es errónea puesto que ni la doctrina ni las normas jurídicas establecen como requisito contractual la intervención de ambas partes en la creación o redacción de las cláusulas. En otras palabras, la característica que establece la bilateralidad de los contratos se refiere al consenso de voluntades (oferta y aceptación), lo cual nada tiene que ver con la negociación precontractual.¹⁷³ En definitiva, la idea de

¹⁶⁹ Citados por Soto, Carlos, “Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos”, *Vniversitas*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Núm. 106, diciembre 2003, P. 583

¹⁷⁰ Ref Garrigues, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, 7ª ed, Bogotá: Editorial Temis, 1987, Tomo I., P. 128

¹⁷¹ Soto, Carlos, “Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos”, *Vniversitas*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Núm. 106, diciembre 2003, P. 583

¹⁷² Melich, José, *Doctrina General del Contrato*, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1997, P. 71

¹⁷³ Ref. Acedo, Carlos, *Contratos de Adhesión*, Mendoza Palacios, 2007, P. 21 y 22

considerar al contrato de adhesión como un acto unilateral ha sido desechada y es plenamente un contrato que se regirá bajo las normas generales de contratación.¹⁷⁴

Para finalizar esta vorágine de opiniones doctrinales me gustaría citar la tesis de Manuel de la Puente y Lavalle, para quien las cláusulas generales previa aceptación son simples “declaraciones unilaterales del predisponente, careciendo entonces de una naturaleza contractual”¹⁷⁵, mucho menos normativa o dispositiva. La naturaleza contractual la adquiere el contrato de adhesión únicamente con el consenso entre proponente y aceptante, con lo cual se genera el vínculo contractual dando nacimiento al negocio jurídico.

Con anterioridad se mencionó la problemática de la desigualdad económica existente entre las partes dentro de un contrato de adhesión, y el proteccionismo estatal que busca equilibrar la balanza. Esta desigualdad económica se relaciona con la inmutabilidad de las cláusulas, es decir la imposibilidad a negociar de una de las partes, lo que genera una sumisión del aceptante frente al proponente. Por lo tanto el adherente debe consentir en todo lo establecido por el proponente para acceder objeto del contrato; abriendo la puerta a posibles abusos.¹⁷⁶

En primer lugar debemos entender que esta desigualdad económica es producto de la finalidad misma del contrato de adhesión. Esto quiere decir que la uniformidad de los contratos de adhesión es aquella que permitirá una mayor eficiencia económica para el mercado, en cuanto

tiende a eliminar las demoras y los tratos o negociaciones infructuosas en el intercambio de bienes y servicios, a homogeneizar ciertos caracteres del objeto suministrado y a posibilitar precios económicos y firmeza en las condiciones de pago, al establecer los riesgos y responsabilidades asumidas por las partes.¹⁷⁷

Como vemos, el contrato de adhesión genera beneficios a ambas partes, por un lado permite al proponente adquirir el bien o servicio de una manera más ágil, al mismo tiempo

¹⁷⁴ Ref. Alessandri, Arturo, *De los contratos*, Chile: Temis, 2000, P. 114

¹⁷⁵ Soto, Carlos, “Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos”, *Vniversitas*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Núm. 106, diciembre 2003, P. 584

¹⁷⁶ Ref. Alessandri, Arturo, *De los contratos*, Chile: Temis, 2000, P. 115

¹⁷⁷ Melich, José, *Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas*; citado por Acedo, Carlos, *Contratos de Adhesión*, Mendoza Palacios, 2007, P. 12

que asegura al proponente el cumplimiento de las obligaciones aceptadas por su contraparte. Por esta razón se dice que el contrato de adhesión genera eficiencia al eliminar las dificultades que presentan las negociaciones con los clientes, acelerando la celebración de los contratos individuales con cada adherente, con lo cual se facilita y garantiza la evolución de un mercado moderno.¹⁷⁸

Por lo tanto para alcanzar estas metas, entre otras, es necesario que el contrato de adhesión presente esta desigualdad. Sin embargo como se señaló, dicha desigualdad podría llevar a abusos por parte de los proponentes, incluyendo cláusulas abusivas que perjudican notablemente a los adherentes. En este punto es importante recalcar que las cláusulas abusivas existen solamente en los contratos de adhesión, y también señalar que no todo contrato de cláusula general contiene cláusulas abusivas.¹⁷⁹

Para la doctrina, no se debe relacionar a cláusula abusiva con abuso de derecho, puesto que la palabra abusiva se utiliza como sinónimo de excesivo. Por lo tanto una cláusula abusiva es aquella que gira la balanza del equilibrio económico a favor de una de las partes, perjudicando a la otra gracias a su posición jurídica como predisponente. Este abuso puede darse de diversas maneras, por lo cual la doctrina y los ordenamientos jurídicos han establecido parámetros para establecer si una cláusula es abusiva.

Para Carlos Soto, son cláusulas abusivas aquellas que cumplan una de las siguientes características:¹⁸⁰

- Desviación del principio de buena fe contractual.
- Desnaturalización o desequilibrio en la relación contractual.
- Perjuicio en contra del adherente.
- Atribución exorbitante a favor del predisponente.

Estas características también son contempladas de forma similar por Carlos Acedo quien divide la desnaturalización y el desequilibrio como características diferentes.¹⁸¹ Por su parte

¹⁷⁸ Ref. Acedo, Carlos, *Contratos de Adhesión*, Mendoza Palacios, 2007, P. 13

¹⁷⁹ Ref. Acedo, Carlos, *Contratos de Adhesión*, Mendoza Palacios, 2007, P. 8

¹⁸⁰ Ref. Soto, Carlos, "Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos", *Vniversitas*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Núm. 106, diciembre 2003, P. 588

Rafael Natera, realiza un profundo análisis sobre las cláusulas abusivas con ejemplos de las cláusulas abusivas más comunes, a las cuales agrupa en cinco grupos:¹⁸²

- Vinculación del contrato a la voluntad del predisponente.
- Privación de los derechos básicos del consumidor.
- Falta de reciprocidad.
- Renuncia a responsabilidad o garantías.
- Otros tipos de abuso.

Como vemos, la doctrina en aplicación del concepto de cláusula abusiva trata ciertas cláusulas comunes e intenta categorizarlas, sin embargo la diversa cantidad de posibilidades genera incapacidad de determinar cada tipo de cláusula abusiva. En este sentido los ordenamientos jurídicos realizan listas taxativas de cláusulas prohibidas dentro de la contratación predispuesta con el fin de crear un marco jurídico limitante a las mismas. Un claro ejemplo es el artículo 43 de la Ley de Defensa del Consumidor del Ecuador:

Cláusulas Prohibidas.- Son nulas de pleno derecho y no producirán efecto alguno las cláusulas o estipulaciones contractuales que:

1. Eximan, atenúen o limiten la responsabilidad de los proveedores por vicios de cualquier naturaleza de los bienes o servicios prestados;
2. Impliquen renuncia a los derechos que esta ley reconoce a los consumidores o de alguna manera limiten su ejercicio;
3. Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;
4. Impongan la utilización obligatoria de un arbitraje o mediación, salvo que el consumidor manifieste de manera expresa su consentimiento;
5. Permitan al proveedor la variación unilateral del precio o de cualquier condición del contrato;
6. Autoricen exclusivamente al proveedor a resolver unilateralmente el contrato, suspender su ejecución o revocar cualquier derecho del consumidor nacido del contrato, excepto cuando tal resolución o modificación esté condicionada al incumplimiento imputable al consumidor;
7. Incluyan espacios en blanco, que no hayan sido llenados o utilizados antes de que se suscriba el contrato, o sean ilegibles;

¹⁸¹ Acedo, Carlos, "Cláusulas Abusivas", *El Código Civil Venezolano en los Inicios del Siglo XXI*, Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, P. 15

¹⁸² Natera, Rafael, *Fiscalidad de los Contratos Civiles y Mercantiles*, Bilbao: CISS, 2007, P. 198-200

8. Impliquen renuncia por parte del consumidor, de los derechos procesales consagrados en esta Ley, sin perjuicio de los casos especiales previstos en el Código de Procedimiento Civil, Código de Comercio, Ley de Arbitraje y Mediación y demás leyes conexas; y,
9. Cualesquiera otras cláusula o estipulación que cause indefensión al consumidor o sean contrarias al orden público y a las buenas costumbres.¹⁸³

Este es uno de los cuatro controles contemplados por la doctrina, llamado control legislativo. Los otros tipos de control son el autónomo, administrativo y judicial.¹⁸⁴ El autónomo se refiere a la opción que tiene el adherente de no consentir en los términos establecidos puesto que es consiente del perjuicio del que puede ser víctima. El control administrativo se caracteriza por ser *ex ante*, es decir que un ente administrativo se encarga de aprobar las cláusulas que compondrán los contratos de adhesión. Un ejemplo de este control es el existente en Venezuela como se señaló con anterioridad. Por último el control judicial permite que el juez sea quien interprete el contrato en caso de existir ambigüedad y de ser el caso “invalidar las cláusulas leoninas”¹⁸⁵ o abusivas del mismo.

En conclusión, los contratos de adhesión son los más utilizados con el fin de dar agilidad a la economía moderna, generando garantías tanto para el proponente como para el adherente. Estos tipos de contratos se encuentran regidos por un marco jurídico y limitados por distintos tipos de controles para evitar la aparición de cláusulas abusivas que menoscaben los derechos del adherente. Este tipo de control permite que aquellas cláusulas consideradas abusivas adopten el carácter de no consentidas en cuanto afectan directamente al aceptante, por lo tanto son una limitación directa a la libertad contractual.

Los contratos de licencia de software son uno de los tantos ejemplos de contratos de adhesión existentes hoy en día, y por lo tanto se encuentran regidos bajo las normas comunes de contratación para su existencia. Es así que el consentimiento será eje principal de dichos contratos al mismo tiempo que es regulado por el marco jurídico propio de un contrato de adhesión. La existencia de cláusulas abusivas en este tipo de contratos son comunes en cuanto el momento de perfeccionamiento del contrato mediante el

¹⁸³ Ley de Defensa del Consumidor, (Ecuador), Registro Oficial Suplemento 116, 10 de julio de 2000, Art. 43

¹⁸⁴ Soto, Carlos, “Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos”, *Vniversitas*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Núm. 106, diciembre 2003, P. 589-597

¹⁸⁵ Alessandri, Arturo, *De los contratos*, Chile: Temis, 2000, P. 115

consentimiento, no siempre es claro para el aceptante. Es decir, el adherente muchas veces se encuentra obligado a un contrato de licencia sin saberlo; o consintiéndolo no conoce el alcance de las cláusulas a las que se obliga. En el próximo capítulo trataremos a detenimiento el contrato de licencia de software en las tres modalidades contractuales más utilizadas con la finalidad de determinar el momento de generación del consentimiento, si dicho conocimiento puede ser viciado, y si la existencia de ciertas cláusulas predispuestas puedan permitir la anulabilidad de las mismas por ser abusivas.

2. Licencias de software

2.1. Software

Dentro del mundo de la informática, existen tres elementos que permiten el funcionamiento de un sistema informático. Son el hardware, el software y el firmware. El hardware consiste en las máquinas o aparatos físicos, tangibles donde se desarrollará el sistema informático, y por ser tangible permitirá la interacción entre el usuario y la máquina. El software consiste en todo programa o información intangible que genera los comandos e instrucciones para receptor información del usuario, y generar un resultado deseado. En último lugar el firmware es una mezcla de ambos componentes, en cuanto es un hardware que almacena un software mínimo que entre ambos cumplen una función única.

Centrándonos en el análisis del software, podemos indicar que comprende todo aquello que es intangible para el ser humano dentro de un sistema informático. Este conjunto de programas permite el ingreso de comandos o información por parte del usuario, el procesamiento de dicha información con la utilización de software especializado según la necesidad, y el posterior despliegue de un resultado. Es así que el software es muchas veces dividido en tres tipos según su función dentro de un sistema informático: Puede ser software de sistema para todo aquel software que permite el funcionamiento del hardware como lo sería un sistema operativo; es software de programación cuando es considerado una herramienta de programación para la creación de aplicaciones; y por último, software de aplicación, es todo programa utilizado por el usuario final para realizar tareas indefinidas como navegar en la Web o redactar un ensayo.¹⁸⁶

Sin embargo, para nuestro estudio esta clasificación no tiene importancia relativa puesto que el derecho no hace distinciones con respecto al mismo. Nuestro interés en su análisis es debido a que el software, en todas sus formas, se ha convertido en un “producto

¹⁸⁶ Ref. “Software”, *Diccionario de Informática*, Santa Fe: Alegs, 2012, <http://www.alegsa.com.ar/Dic/software.php>

de consumo utilitario y masivo.”¹⁸⁷ En este sentido debemos comprenderlo como la suma de programas, procesos, algoritmos y documentación propia del sistema; o como lo describe Campderrich al definir al software como un “conjunto de datos integrado de programas que en su forma definitiva se pueden ejecutar, pero comprende también las definiciones de estructuras de datos que utilizan estos programas y también la documentación referente a todo ello.”¹⁸⁸

Estos conceptos como vemos, son bastante amplios para describir de manera específica al software, y la importancia de encasillar todo aquello que involucra dicho término tiene importancia jurídica puesto que permitirá establecer la naturaleza jurídica del software. Para esto, la normativa jurídica ha debido definir al software en respuesta a características propias del mismo. Entre estas características debemos resaltar la intangibilidad del software, lo cual nos plantea que es un objeto inmaterial o incorpóreo. Sin embargo esta característica presenta una complicación para su delimitación en cuanto el programa o aplicación final que recibe el usuario final, no es lo único que merece protección jurídica. Por lo tanto el programa es concebido desde su etapa de diseño y programación así como el producto final.¹⁸⁹

Los ingenieros de sistemas o programadores comparan al software con construcciones arquitectónicas, donde la idea creativa a ser protegida se encuentra plasmada desde la etapa de diseño hasta verse recreada en la obra final. Esta obra, resultado del proceso de programación es de igual manera un bien inmaterial, que se encuentra expresado en comandos o instrucciones ordenadas en lenguaje comprensible para el ser humano. Esto es el llamado código de la aplicación, es decir el conjunto de directrices creadas por el programador que permitirán al software cumplir con el resultado para el cual fue construido.¹⁹⁰ Dicho resultado sin embargo funcionará a través de una máquina por lo cual el lenguaje de programación debe ser compilado o traducido a lenguaje comprensible para la máquina.

¹⁸⁷ Campderrich, Benet, *Ingeniería del Software*, Barcelona: Editorial UOC, 2003, P. 16

¹⁸⁸ Campderrich, Benet, *Ingeniería del Software*, Barcelona: Editorial UOC, 2003, P. 15

¹⁸⁹ Ref. Campderrich, Benet, *Ingeniería del Software*, Barcelona: Editorial UOC, 2003, P. 16-17

¹⁹⁰ Ref. Vidal, Miquel, *Cooperación sin mando: una introducción al software libre*, Madrid, Julio 2000, P. 1-2

En este sentido la misma creación se encuentra expresada en dos tipos de lenguaje: en primer lugar el conocido como código fuente que es el escrito por el programador, y el código objeto es su versión en lenguaje de ordenador. Como lo señala Chaloupka, “un programa se redacta por seres humanos en una variedad de lenguajes de programación cuya característica común es ser al mismo tiempo legibles para el hombre e introducibles en un ordenador.”¹⁹¹ Cuando accedemos a un programa por un ordenador o computadora estamos trabajando con el resultado de los comandos del software, es decir, el código objeto nos despliega en pantalla o por otros dispositivos perceptibles al humano, información que nos permitirá interactuar con el programa. De esta forma, el usuario final no accede al código fuente, o conocido como lenguaje de alto nivel debido a que es comprensible para el ser humano.

Resumiendo, el software para el derecho es un bien inmaterial, por lo tanto protegido por las normas de propiedad intelectual. Dicha protección debe abarcar la totalidad del proceso de creación y uso del software, por lo tanto al código fuente debemos añadir la documentación previa (diseño del programa informático), código objeto y la llamada documentación de mantenimiento.¹⁹² Considerando esto, queda una última interrogante con respecto a la naturaleza del software, debe ser tratada como una obra bajo el régimen de derecho de autor; o bien como un producto industrial o invención para tratarlo bajo el régimen de propiedad industrial y más específicamente protegerlo bajo la figura de la patente.

En Estados Unidos en un inicio se manejó la segunda fórmula, por la cual se hicieron varios registros de software bajo la figura de la patente, en cuanto se consideraba al software como un producto industrial y no como una obra de arte.¹⁹³ Sin embargo fue una práctica poco utilizada en Estados Unidos y no aceptada en la Unión Europea, la razón es que el software al no tener una expresión material, no puede ser considerado un producto industrial, por lo cual no puede ser protegido por la patente de invención. Es más, en la Convención de Munich de 1973, la cual instituyó la “patente europea expresamente

¹⁹¹ Chaloupka, Pedro, “El derecho de la informática”, *Derechos Intelectuales*, Buenos Aires: Ed. Astrea, 1986, Vol. I, P. 80

¹⁹² Ref. Campderrich, Benet, *Ingeniería del Software*, Barcelona: Editorial UOC, 2003, P. 17

¹⁹³ Ref. Campderrich, Benet, *Ingeniería del Software*, Barcelona: Editorial UOC, 2003, P. 16

excluyó los programas del ámbito de las invenciones patentables¹⁹⁴, al grado de prohibirlos, postura que fue aceptada por la comunidad europea.

En contraposición se optó por tratar al software como obra protegida por el derecho autoral. En este sentido, los ordenamientos jurídicos han evolucionado adoptando normas pertinentes para las particularidades del software, pues en principio el derecho de autor original no permitía una protección cabal del mismo. El mayor problema a considerar fue que en un inicio el Derecho solo concebía al código fuente como objeto producto de la creatividad del programador, en cuanto el código objeto “no ha sido en rigor escrito [...] por un agente humano”¹⁹⁵ y carece de una expresión gráfica entendible para los humanos ya que se encuentra en lenguaje binario.

Para solventar este problema, la normativa a nivel mundial sufrió cambios que permitieron la inclusión de ambos códigos dentro de la protección autoral. La Organización Mundial de Propiedad Intelectual, OMPI¹⁹⁶; mediante tratados ha generado la inclusión y homologación normativa con respecto al software dentro de las llamadas obras literarias. Es así que el artículo 4 del Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor¹⁹⁷ señala que:

Los programas de ordenador están protegidos como obras literarias en el marco de lo dispuesto en el Artículo 2 del Convenio de Berna. Dicha protección se aplica a los programas de ordenador, cualquiera que sea su modo o forma de expresión.¹⁹⁸

El artículo 2 del Convenio de Berna al cual hace referencia se encarga de enumerar las distintas expresiones que serán protegidas por el Derecho de Autor o Copyright. En el Artículo mencionado no se encuentra establecido como expresión independiente al software, por esta razón el WCT (WIPO Copyright Treaty) establece que el software será considerado una obra literaria, la cual es una expresión si comprendida en el Convenio de Berna.¹⁹⁹ Esta normativa internacional fue acogida de buen grado por el Derecho Comunitario, al punto de emitir normas que realizan un mejor acercamiento al tratamiento

¹⁹⁴ Chaloupka, Pedro, “El derecho de la informática”, *Derechos Intelectuales*, Buenos Aires: Ed. Astrea, 1986, Vol. I, P. 79

¹⁹⁵ Chaloupka, Pedro, “El derecho de la informática”, *Derechos Intelectuales*, Buenos Aires: Ed. Astrea, 1986, Vol. I, P. 80

¹⁹⁶ Más conocido por sus siglas en inglés como WIPO, World Intellectual Property Organization.

¹⁹⁷ Más conocido por sus siglas en inglés como WCT, WIPO Copyright Treaty.

¹⁹⁸ WIPO, Tratado de la OMPI sobre derechos de autor, Ginebra, 20 de diciembre de 1996, Art. 4

¹⁹⁹ Ref. WIPO, Convenio de Berna, París, 24 de julio de 1971, Art. 2

del software. La generación de definiciones más acordes a las características del llamado programa de ordenador o computador, constan entre los avances más importantes al delimitar el concepto; dichas definiciones son el resultado de la evolución del avance informático y doctrinario respecto al tema.²⁰⁰

La Comunidad Andina de Naciones, en uso de su potestad legislativa emitió la Decisión del Acuerdo de Cartagena 351, el cual trata el Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. En su artículo tercero, define al programa de ordenador o software como la

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.²⁰¹

Con respecto al extracto, vale la pena rescatar dos temas: primero la inclusión de una ilustración simple de lo que es un ordenador con el fin de complementar la definición de software; segundo, indica específicamente los documentos que formarán parte de la obra literaria aparte del código o algoritmo. Para complementar el alcance de la definición, el artículo 23 establece que la “protección se extiende tanto a los programas operativos como a los programas aplicativos, ya sean en forma de código fuente o código objeto.”²⁰²

Por su parte, la Unión Europea también emitió la Directiva 2009/24/CE sobre la Protección Jurídica de Programas de Ordenador. Esta normativa comunitaria se basa tanto en el WCT como en el Convenio de Berna, por lo cual no define específicamente al software pues se remite a los tratados internacionales antes mencionados, y únicamente

²⁰⁰ Ref. Vittone, Carlos, “Software, microchips y computadoras en la legislación norteamericana”, *Derechos Intelectuales*, Buenos Aires: Ed. Astrea, 1986, Vol. I, P. 113-114

²⁰¹ CAN, Decisión 351: Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, Gaceta Oficial de la Comunidad Andina N° 145, 21 de diciembre de 1993, Art. 3

²⁰² CAN, Decisión 351: Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, Gaceta Oficial de la Comunidad Andina N° 145, 21 de diciembre de 1993, Art. 23

establece que formarán parte del software su documentación preparatoria así como “cualquier forma de expresión de un programa de ordenador.”²⁰³

En último caso mencionaré a Estados Unidos, en cuanto su Copyright Law o Ley de Copyright ha demostrado una gran evolución normativa, sobretodo para subsanar la cantidad de conflictos judiciales existentes en las cortes norteamericanas. La Copyright Law define al programa de ordenador (software) como “un conjunto de afirmaciones o instrucciones para ser usadas directa o indirectamente en un ordenador a fin de producir un determinado resultado.”²⁰⁴

Ahora que sabemos el objeto de la protección del copyright, debemos analizar los derechos que lo componen. Estos son los llamados derechos patrimoniales exclusivos del autor sobre la obra, y en general son tres los considerados:

- Derecho a reproducir la obra en copias.
- Derecho a modificar la obra.
- Derecho a distribuir, vender, licenciar o ceder derechos sobre la obra.

Estos son los derechos exclusivos que detenta el autor, por lo tanto se necesita su consentimiento para realizar cualquiera de las acciones antes mencionadas. Estos derechos son de aplicación general para todo tipo de obra protegida por lo cual el artículo 4 de la Directiva 2009/24/CE sobre la Protección Jurídica de Programas de Ordenador de la Unión Europea, genera un acercamiento concreto de estos derechos en la protección jurídica del software.

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5 y 6, los derechos exclusivos del titular en el sentido del artículo 2 incluirán el derecho de realizar o de autorizar:
 - a) la reproducción total o parcial de un programa de ordenador por cualquier medio y bajo cualquier forma, ya fuere permanente o transitoria. Cuando la carga, presentación, ejecución, transmisión o almacenamiento de un programa de ordenador necesitan tal reproducción del mismo, estos actos estarán sujetos a la autorización del titular del derecho;

²⁰³ UE, Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, Diario Oficial de la Unión Europea 5.5.2009, 23 de abril de 2009, Art. 1

²⁰⁴ Texto original en inglés. A “computer program” is a set of statements or instructions to be used directly or indirectly in a computer in order to bring about a certain result. “Copyright Law of the United States of America and Related Laws Contained in Title 17”, United States Code, Art. 101

- b) la traducción, adaptación, arreglo y cualquier otra transformación de un programa de ordenador y la reproducción de los resultados de tales actos, sin perjuicio de los derechos de la persona que transforme el programa de ordenador;
- c) cualquier forma de distribución pública, incluido el alquiler, del programa de ordenador original o de sus copias.²⁰⁵

Sin embargo, la realidad ha generado que el goce de estos derechos genere excepciones propias del uso del software. Es así que la prohibición de copiar que podría tener un usuario del software, puede ser exceptuada basándose en la doctrina del fair use o uso lícito, cuando las copias realizadas son necesarias para el funcionamiento del software (instalación del software en el ordenador) o sirven como respaldo de datos.²⁰⁶ En cuanto a la venta del software, es posible hacerlo bajo la doctrina del first sale, la cual consiste en que el usuario puede a su vez vender el software adquirido lícitamente siempre y cuando no se dedique a la distribución mediante copias del mismo.²⁰⁷ En palabras simples, por esta doctrina quien adquiere un software es libre de revenderlo como cualquier bien, es decir si compro un libro puedo luego venderlo a otra persona.

Este conjunto de derechos exclusivos pueden ser plenamente licenciados por el autor, por lo cual los contratos de licencia de uso se convierten en instrumentos que señalarán el alcance de la protección de la obra frente a terceros. En este sentido pueden existir licencias de uso donde se restrinja el fiel cumplimiento de los derechos patrimoniales del autor como sucede en un closed source software (software de código cerrado) o licencias permisivas como sucede con el free software (software libre). A continuación trataremos el concepto de licencia de uso de software, así como su clasificación respecto a varias características del contrato.

2.2. Licencias de uso

²⁰⁵ UE, Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, Diario Oficial de la Unión Europea 5.5.2009, 23 de abril de 2009, Art. 4

²⁰⁶ Ref. Vittone, Carlos, "Software, microchips y computadoras en la legislación norteamericana", *Derechos Intelectuales*, Buenos Aires: Ed. Astrea, 1986, Vol. I, P. 114

²⁰⁷ Ref. United States Attorneys Manual, Title 9, Criminal Resource Manual, Art. 1854

Como ya se mencionó, las licencias de uso son el contrato característico para la distribución de software. Esta modalidad permite al programador o dueño de los derechos patrimoniales sobre la obra, distribuir la misma protegiendo dichos derechos exclusivos que detenta. Para Cabanellas, la licencia es aquel contrato “que tiene por objeto la autorización de la explotación, por una de las partes (el licenciataria), de la invención patentada por la otra (el licenciante).”²⁰⁸ Si bien es cierto que la definición dada se refiere a un contrato de licencia de explotación de patente, la doctrina da igual trato a ambos tipos de contrato diferenciándolos según el objeto protegido. Es así que en la patente el objeto es la invención, mientras que para el derecho de autor es la obra protegida, en nuestro caso el software.²⁰⁹

Contemplando estas ideas, y basándonos en la definición de Cabanellas podemos indicar que las licencias de uso son aquellas por las cuales el licenciante permite la utilización del software por parte del licenciataria, bajo las condiciones establecidas por el primero. Por lo tanto la licencia involucra un reconocimiento del derecho autoral del licenciante, por lo cual se obliga a no ejercer los derechos exclusivos del autor.²¹⁰ Cabe resaltar que dentro de estos contratos el licenciante puede permitir, y en ciertos casos obligar, al licenciataria a ejercer los derechos patrimoniales exclusivos del autor. Este tipo de casos serán abordados más adelante como una clasificación de las licencias de uso de software.

Para continuar, es indispensable retomar lo que la normativa internacional y comunitaria nos dicen con respecto a la transferencia de derechos patrimoniales que detenta el autor. El Wipo Copyriht Treaty, nos señala en su artículo 6, que los autores en facultad de su derecho a distribución, podrán:

- 1) Los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público del original y de los ejemplares de sus obras mediante venta u otra transferencia de propiedad.

²⁰⁸ Cabanellas, Guillermo, *Contratos de Licencia y de Transferencia de Tecnología*, 2° ed., Buenos Aires: Heliasta, 1994, P. 31

²⁰⁹ Ref. Cabanellas, Guillermo, *Contratos de Licencia y de Transferencia de Tecnología*, 2° ed., Buenos Aires: Heliasta, 1994, P. 148

²¹⁰ Ref. Cabanellas, Guillermo, *Contratos de Licencia y de Transferencia de Tecnología*, 2° ed., Buenos Aires: Heliasta, 1994, P. 31

2) Nada en el presente Tratado afectará la facultad de las Partes Contratantes de determinar las condiciones, si las hubiera, en las que se aplicará el agotamiento del derecho del párrafo 1) después de la primera venta u otra transferencia de propiedad del original o de un ejemplar de la obra con autorización del autor.²¹¹

En este sentido, la norma internacional deja indirectamente a cada ordenamiento jurídico el tratamiento de la distribución de la obra. De manera similar trata el tema el ordenamiento jurídico comunitario, por el cual no establece un régimen específico para la transferencia de derechos.

En el caso de la Comunidad Andina, la Decisión 351 establece en tres artículos la posibilidad de utilizar las figuras de cesión, concesión o licencia de uso bajo el régimen desarrollado por el ordenamiento jurídico nacional del país miembro.

Art. 30.- Las disposiciones relativas a la cesión o concesión de derechos patrimoniales y a las licencias de uso de las obras protegidas, se regirán por lo previsto en las legislaciones internas de los Países Miembros.²¹²

De igual manera, señala la importancia de las modalidades contractuales bajo las cuales se pacta la transferencia, siempre recordando que dichas modalidades no pueden atentar contra el ordenamiento jurídico internacional.

Art. 31.- Toda transferencia de los derechos patrimoniales, así como las autorizaciones o licencias de uso, se entenderán limitadas a las formas de explotación y demás modalidades pactadas expresamente en el contrato respectivo.

Art. 32.- En ningún caso, las licencias legales u obligatorias previstas en las legislaciones internas de los Países Miembros, podrán exceder los límites permitidos por el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas o por la Convención Universal sobre Derecho de Autor.²¹³

Por su parte, el derecho comunitario europeo da un trato similar al andino, en cuanto ambos siguen las directrices de los tratados internacionales de la OMPI.²¹⁴

²¹¹ WIPO, Tratado de la OMPI sobre derechos de autor, Ginebra, 20 de diciembre de 1996, Art.6

²¹² CAN, Decisión 351: Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, Gaceta Oficial de la Comunidad Andina N° 145, 21 de diciembre de 1993, Art. 30

²¹³ CAN, Decisión 351: Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, Gaceta Oficial de la Comunidad Andina N° 145, 21 de diciembre de 1993, Art. 31, 32

²¹⁴ Ref. Considerando (30) Los derechos a que se refiere la presente Directiva pueden ser transmitidos o cedidos o ser objeto de licencias contractuales, sin perjuicio de la normativa nacional pertinente sobre

Cabe resaltar que este tipo de contrato, pese a que su objeto consista en un bien protegido por la Propiedad Intelectual, se rige en general bajo las normas comunes a los contratos. Sin embargo la doctrina ha enfatizado en encasillar al contrato de licencia de uso, comparándolo con otros tipos de contratos cuyas prestaciones podrían considerarse similares. Una primera comparación se realiza con el contrato de cesión, por el cual se genera la transferencia de derechos entre las partes.

Para autores como De la Fuente y Echarri, conciben a la licencia como un auténtico caso de cesión de derechos, en cuanto el licenciante “cede” su derecho de uso, así como lo podría hacer con los otros derechos que detenta sobre la obra.²¹⁵ Sin embargo, la licencia no puede considerarse un contrato de cesión, puesto que la

cesión de derechos supone la existencia previa de cierto derecho en poder del cedente, derecho que es transmitido en virtud de dicho contrato. El contrato de licencia implica un mecanismo diferente: el licenciataria adquiere un derecho distinto al que existía y sigue existiendo en poder del licenciante.²¹⁶

Si hablamos de transferencia del derecho, quiere decir que el cedente perdería el mismo, con lo cual no podría realizar la distribución de su obra puesto que el perfeccionamiento del primer contrato de licencia generaría la pérdida del derecho evitando que pueda licenciar su obra con otros ya que lo haría sobre derecho ajeno.

La doctrina también ha pretendido confundirlo con el derecho de usufructo, sin embargo las diferencias son abismales, puesto que mientras el contrato de usufructo tiene por objeto un derecho real, la licencia maneja derechos personales. Esta distinción es suficiente para entender que ambas son instituciones jurídicas diferentes, puesto que el derecho real genera una protección erga omnes, lo cual no sucede con el licenciamiento pues es un contrato que permite la distribución de la obra, es decir no puede ser erga omnes

derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor. UE, Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, Diario Oficial de las Comunidades Europeas 22.6.2001, 22 de mayo de 2001

²¹⁵ Ref. De la Fuente, Marta & Echarri Alberto, *Modelos de contratos internacionales*, 3° ed., Madrid: Fundación Confemetal, 1999, P. 153-154

²¹⁶ Cabanellas, Guillermo, *Contratos de Licencia y de Transferencia de Tecnología*, 2° ed., Buenos Aires: Heliasta, 1994, P. 85

pues generaría exclusividad del derecho. Cabe señalar que la posibilidad de exclusividad del uso de un software puede existir, mas no es la regla general.²¹⁷

Es así que la licencia debe ser considerada como un contrato atípico, regido por las normas generales del negocio jurídico para su plena validez, por lo tanto se le aplica “las reglas sobre el consentimiento, su formación y vicios, válidas para los contratos en general.”²¹⁸ Otro tema que es relevante acotar es que los contratos de licencia por lo general son contratos de adhesión, lo que involucra que el texto de la licencia es preestablecido por el licenciante, y el licenciataria simplemente se adhiere a dichos términos. Este tema fue tratado con anterioridad en el anterior capítulo pero me gustaría recordar que al ser contratos de adhesión también deben cumplir con el marco jurídico establecido para dicho tipo de negocio jurídico, donde el aceptante se encuentra muchas de la veces en una situación débil frente a su contraparte por lo cual el ordenamiento jurídico intenta evitar la utilización de cláusulas abusivas.²¹⁹

Para una total comprensión del contrato de licencia de software debemos entender las prestaciones derivadas del mismo. El objeto del contrato es el programa de ordenador, sin embargo no se genera una transferencia total sobre los derechos resultado de la protección como obra literaria debido al régimen de Propiedad Intelectual. Para recordar, los derechos exclusivos o patrimoniales son tres: el derecho a reproducir o copiar, el derecho a modificar y el derecho a distribuir. En este sentido, el licenciante en uso de su derecho de distribución extiende, en principio su derecho de reproducción al licenciataria; cabe recordar que esta reproducción será limitada según la necesidad del autor.

Es decir, si la prestación principal del contrato es el permiso de reproducción (uso) del software, la contraprestación es la obligación del licenciataria por respetar los derechos exclusivos del autor que no le han sido licenciados. No se toma en cuenta como contraprestación principal al pago pecuniario por la utilización, en cuanto las licencias de uso pueden ser onerosas o gratuitas. Para Cabanellas, las licencias gratuitas se ven como

²¹⁷ Ref. Cabanellas, Guillermo, *Contratos de Licencia y de Transferencia de Tecnología*, 2° ed., Buenos Aires: Heliasta, 1994, P. 80-81

²¹⁸ Cabanellas, Guillermo, *Contratos de Licencia y de Transferencia de Tecnología*, 2° ed., Buenos Aires: Heliasta, 1994, P. 227

²¹⁹ Ref. Cabanellas, Guillermo, *Contratos de Licencia y de Transferencia de Tecnología*, 2° ed., Buenos Aires: Heliasta, 1994, P. 100

una donación y por lo tanto serían contratos unilaterales; sin embargo el condicionamiento característico de la propiedad intelectual genera una obligación per se de respeto a los otros derechos que recaen sobre el mismo bien intangible.²²⁰

Siendo ésta la piedra angular del objeto contractual, debemos indicar que las prestaciones pueden variar desde generar un hermetismo proteccionista frente a la obra, permitiendo un uso restringido; hasta la liberación total del software, eliminando la exclusividad de los derechos patrimoniales mediante el licenciamiento de los mismos.²²¹ En este sentido, existen varios tipos de software que responden a la limitación o permisividad del goce de los derechos patrimoniales del autor por parte del licenciario. Esta característica responde únicamente al querer y necesidad del autor, quien puede guardarse para sí los derechos exclusivos de autoría, o liberarlos frente a los usuarios.

El primer tipo de licencia a analizar es aquel cuyo objeto es el llamado close source o software de código cerrado. También conocido como software propietario para la doctrina internacional, es aquel que se distribuye bajo licencias basadas en la protección de los derechos de autor. En este tipo de contratos, los usuarios se acogen a términos contractuales restrictivos con la finalidad de prevenir la modificación, copia o distribución del mismo.²²² Por lo general este tipo de licencias son de carácter oneroso, sin embargo debo recalcar que la gratuidad o no del software no responde a la protección requerida por el autor, siendo así podemos encontrar software gratuito bajo las especificaciones de una licencia de código cerrado.

Por lo tanto, las licencias de código cerrado son aquellas que limitan el uso del software y por ende el goce de los derechos patrimoniales de la obra. No obstante, dentro de este criterio se puede encontrar una amplia gama de licencias donde las restricciones pueden ser muchas o pocas. Una licencia normal de este tipo se limitaría a prohibir la copia, modificación y copia de la obra, sin embargo me gustaría tratar el ejemplo máximo de

²²⁰ Cfr. Cabanellas, Guillermo, *Contratos de Licencia y de Transferencia de Tecnología*, 2° ed., Buenos Aires: Heliasta, 1994, P. 89-91, 110-113

²²¹ Ref. Mitra, Yashojit, "Free software – Myth or Reality!!", *Vlex*, India Law Articles in English, 7 de junio de 2004, <http://vlex.in/vid/free-software-myth-reality-29348575>

²²² Ref. Lee, Bronwyn, "Contracting out of the Copyright Infringement Exceptions", *Vlex*, Australia Law Articles in English, 15 de octubre de 2007, <http://au.vlex.com/vid/contracting-infringement-exceptions-30854418>

control sobre software licenciado. Este tipo de licenciamiento se da para software implementado en los llamados clean rooms o cuartos limpios, donde existen muchísimas especificaciones a cumplir para la implementación del software.²²³

Este tipo de programas son utilizados, por ejemplo, en el manejo de información secreta, como pueden ser datos públicos o secretos industriales, por lo cual la instalación y funcionamiento del software debe generarse bajo un marco de seguridades no sólo digitales sino también físicas.²²⁴ Entre las seguridades más utilizadas encontramos la no conectividad a internet o intranet por parte del dispositivo que alberga el software, que dicho software solo sea accesado por personal autorizado, que el espacio físico donde se encuentra el dispositivo sea restringido y físicamente asegurado, entre otras.

Este tipo de licencia tiene la denominación de código cerrado debido a que, como medida de asegurar la restricción del uso del software, el código fuente no puede ser visto.²²⁵ Esto genera de igual forma la prohibición de descompilar el código objeto para traducirlo a código fuente, mediante la prohibición de generar copias sin importar si el lenguaje es distinto. Sin embargo, puede suceder el caso de que se otorgue una licencia restrictiva pero se permita el acceso al código fuente. Para solucionar esto debemos comprender que la visibilidad o acceso al código no es el problema, sino lo que uno está autorizado a hacer con él.

El segundo tipo de licencia es el conocido como free software (libre) u open source (código o fuente abierta). De igual forma que sucede con el closed source, pese a que su nombre implica el acceso al código fuente por parte del licenciatario, no necesariamente se configurará esta característica en todos los contratos de free software. Por esta razón, se prefiere el uso del término software libre en cuanto puede ser compartido y modificado con libertad, incluyendo el código fuente.²²⁶

²²³ Janssens, Marie, *Fair use & Software reverse engineering*, Centre for Intellectual Property Rights, WIPO-UNIDO National Seminar on Managing Intellectual Property of SMEs, Minsk, 23 de enero de 2007

²²⁴ Janssens, Marie, *Fair use & Software reverse engineering*, Centre for Intellectual Property Rights, WIPO-UNIDO National Seminar on Managing Intellectual Property of SMEs, Minsk, 23 de enero de 2007

²²⁵ Recapitulando lo tratado en el punto 2.1, el código fuente es el conjunto de comandos que permiten el funcionamiento del software, escrito en lenguaje de programación.

²²⁶ Ref. St. Laurent, Adrew, *Understanding open source & free software licensing*, O'Reilly, 2004, P. 4-5

El término fue propuesto por Richard Stallman, quien lo utilizó en la GNU General Public License (GPL), tras lo cual fundó la Free Software Foundation (FSF) para promocionar el concepto.²²⁷ En contraposición el término “open source” fue establecido por la Open Source Initiative. Mientras el primer término contiene un matiz político, el segundo responde a una metodología de desarrollo por la cual el software evoluciona mediante la apertura a la modificación del mismo. Sin embargo el uso de ambos términos es totalmente válido al punto de generar un tercer término que adopte ambos como lo es el FOSS, cuyas siglas representan Free/Open Source Software.

En este tipo de contratos, la licencia otorga los siguientes derechos o libertades al licenciataria con respecto al software.

- Libertad de usar el programa con cualquier finalidad.
- Libertad de estudiar el funcionamiento del programa, y adaptarlo o modificarlo según nuevas necesidades, para lo cual es necesario el acceso previo al código fuente. Acerca de esta libertad, la FSF indica que las modificaciones realizadas no deben ni siquiera ser dadas a conocer puesto que no se genera esta obligación.
- Libertad de distribuir copias del original o del software modificado, ya sea en código objeto o código fuente, de manera gratuita u onerosa.²²⁸

En conclusión, el licencianta permite el goce completo de los derechos patrimoniales sobre la obra, renunciando a la exclusividad que el ordenamiento jurídico le otorga frente a su obra. Este tipo de obras han ganado acogida debido al gran desarrollo informático generado con la Internet, el cual dinamiza la transferencia de información a través de la Web. El software debe adecuarse a una realidad donde las necesidades cambian día a día, la concepción de este tipo de licencia anima a los usuarios a utilizar free software con la intención de personalizarlo según el querer de cada uno.

Sin embargo, la utilización de esta licencia permite que el usuario al momento de redistribuir el software lo pueda hacer bajo sus condiciones. Esto genera que muchos

²²⁷ Fogel, Karl, *Producing Open Source Software: How to Run a Successful Free Software Project*, <http://producingoss.com/>, P. 154

²²⁸ Ref. Rodríguez, Gladys, “El software libre y sus implicaciones jurídicas”, *Revista de Derecho de la División de Ciencias Jurídicas*, Barranquilla: Universidad del Norte, N° 30, diciembre de 2008, P. 182

licenciatarios de software libre, licencien a terceros el programa original o modificado pero bajo reglas distintas. Es así que un programa libre, puede convertirse en closed source software si el distribuidor lo decide.²²⁹ Obviamente, esta conducta restrictiva, por lo cual los licenciantes se vieron en la necesidad de generar contratos por los cuales se protege la libertad del programa prohibiendo el licenciamiento restrictivo sobre la obra derivada.

Este tipo de contratación, conocida como copyleft, obliga al licenciatario a que en caso de distribuir la obra, debe hacerlo bajo condiciones similares con las que accedió en principio al software. En este sentido, se genera una restricción a la libertad de distribución, restricción que permite el goce de los otros derechos patrimoniales sobre la obra. En este sentido podemos asemejarlo al closed source, pues mientras este protege la exclusividad de los derechos de autor, el copyleft asegura la libertad de goce de dichos derechos. Es así, que el copyleft es una de las estrategias jurídicas empleadas por la comunidad FOSS para, haciendo uso de las leyes de derecho de autor, “evitar sus consecuencias respecto de la libertad.”²³⁰ Para una mejor comprensión de la finalidad del copyleft es necesario comprender primero el concepto de public domain o dominio público, puesto que esta realidad junto con los FOSS ha generado el desarrollo del copyleft.

Para la doctrina informática liberal, el fin último es alcanzar el dominio público, por el cual el software se encuentra en su estado más libre. Jurídicamente podemos indicar que en este sentido el derecho de autor se encuentra desnaturalizado puesto que la obra al ser totalmente asequible, ya no es protegida por el copyright, perdiendo el autor de manera voluntaria la exclusividad patrimonial.²³¹ Ahora bien, el dominio público es opuesto al dominio privado; por lo tanto, una obra que pertenece al dominio público no puede pertenecer al dominio privado, es decir, no tiene un dueño determinado. Por consiguiente, “el dominio público implica, a diferencia del dominio privado, ausencia de exclusividad, en

²²⁹ Fogel, Karl, *Producing Open Source Software: How to Run a Successful Free Software Project*, <http://producingoss.com/>, P. 155-156

²³⁰ Rodríguez, Gladys, “El software libre y sus implicaciones jurídicas”, *Revista de Derecho de la División de Ciencias Jurídicas*, Barranquilla: Universidad del Norte, N° 30, diciembre de 2008, P. 183-184

²³¹ Ref. Fogel, Karl, *Producing Open Source Software: How to Run a Successful Free Software Project*, <http://producingoss.com/>, P. 156

el sentido de que ninguna persona determinada tiene, respecto de una obra perteneciente al dominio público, un derecho exclusivo de utilización”²³².

Para Rodríguez, es importante también distinguir un bien de dominio público de la denominada *res nullius* o cosa de nadie. En este sentido debemos indicar que mientras la *res nullius* se caracteriza por no tener un dueño determinado, el bien de dominio público no tienen ningún tipo de dueño por lo cual, cualquiera puede adquirir su propiedad, mediante simple apropiación. También es importante señalar que no se puede calificar a las obras intelectuales como sin dueño, en cuanto éstas pertenecen a su autor desde el momento de su creación, hasta que éste la libera al public domain mediante la renuncia de su derecho patrimonial sobre la obra.²³³

Hay autores que señalan que las obras de dominio público tienen por dueño a la sociedad en su conjunto y que, por esta razón no puede ser ninguno de los individuos dentro de ella. Lo cual genera que las obras pueden ser utilizadas por cualquiera sin necesidad de permiso alguno. Esto nos permite concluir que public domain jurídicamente hablando es equivalente a sin copyright o derecho de autor, como lo expresa la Free Software Foundation.

Retomando el análisis del copyleft debemos indicar que la meta del FOSS es dinamizar el software permitiendo una continua evolución del mismo, a partir del libre acceso al programa. Esta finalidad busca dar a todos los usuarios la libertad de modificar y redistribuir el software, sin embargo al liberar los derechos, como también sucede en el public domain, el usuario puede restringir los derechos sobre la obra mejorada por él mejorada. El copyleft en este sentido es una licencia que tiene por objetivo impedir que el software FOSS se transforme en software propietario o closed source.

Por lo tanto el dominio público tiene una característica positiva y una negativa. La positiva es que permite a la gente compartir el software y sus mejoras en cuanto “ninguna

²³² Rodríguez, Gladys, “El software libre y sus implicaciones jurídicas”, *Revista de Derecho de la División de Ciencias Jurídicas*, Barranquilla: Universidad del Norte, N° 30, diciembre de 2008, P. 180

²³³ Ref. Fishman, Stephen, *The Public Domain: How to Find & Use Copyright-Free Writings, music, art & more*, 5° ed., U.S.A.: NOLO, 2010, P. 192

persona determinada tiene la titularidad de los derechos patrimoniales²³⁴. La negativa es que posibilita convertir al software que está bajo régimen público en software propietario, en cuanto las modificaciones realizadas generan una nueva obra. Esta obra derivada, puede ser tratada como software propietario en cuanto los nuevos aportes creativos no se encuentran liberados como sucede con la obra original.

El copyleft en este sentido es, por decirlo de alguna manera, el régimen jurídico que, salvaguardando la característica positiva del dominio público, evita su aspecto negativo. Por lo tanto dentro de la licencia, el copyleft es una restricción a la libertad de distribución, en cuanto permitirá únicamente el licenciamiento de software derivado bajo el mismo régimen de esta licencia. Es decir, los trabajos derivados obligatoriamente deben ser distribuidos bajo licencias con copyleft. Consecuentemente el copyleft es un distinto tipo de licenciamiento en cuanto el autor no renuncia a sus derechos, sino que los mantiene solo renunciando al goce exclusivo de los mismos, con la única restricción frente al derecho de distribución que reciben los usuarios.

En palabras de Rodríguez:

El copyleft se da cuando, en vez de conservar y ejercer el monopolio de explotación que legalmente le corresponde, el titular de los derechos de autor renuncia a esa exclusividad, pero lo hace bajo la condición de que las futuras distribuciones de su software, en su versión original o en versiones modificadas, concedan a los potenciales usuarios las mismas facultades de utilización que él confirió.²³⁵

En otras palabras, el copyleft implica que el titular de los derechos de autor renuncia a la exclusividad de goce respecto de potenciales usuarios; pero esa renuncia está sujeta a una condición resolutoria, la cual se acciona cuando los potenciales usuarios agreguen restricciones al momento de distribuir el software ya sea original o modificado. Por lo tanto, como señala Fogel, el copyleft utiliza al derecho de autor para alcanzar un resultado opuesto al mismo, en cuanto no solo permite el goce de los derechos patrimoniales, sino que también obliga a cumplirlos y mantenerlos. Por esta razón se dice que estos términos, o

²³⁴ Rodríguez, Gladys, "El software libre y sus implicaciones jurídicas", *Revista de Derecho de la División de Ciencias Jurídicas*, Barranquilla: Universidad del Norte, N° 30, diciembre de 2008, P. 184

²³⁵ Rodríguez, Gladys, "El software libre y sus implicaciones jurídicas", *Revista de Derecho de la División de Ciencias Jurídicas*, Barranquilla: Universidad del Norte, N° 30, diciembre de 2008, P. 186

más estrictamente el copyleft, sigue la suerte de la obra protegida, por lo tanto su distribución siempre se realizará de forma similar.²³⁶

Resumiendo, tenemos tres realidades, el software perteneciente al dominio público, el FOSS sin copyleft, y el FOSS protegido con copyleft.²³⁷ El software de dominio público no tiene como propietario a una persona determinada, sino a la sociedad en su conjunto. En consecuencia, ninguna persona determinada goza de exclusividad respecto de su utilización, sino que todos tienen el mismo derecho con utilizarla, puesto que no se encuentra bajo el régimen de derechos de autor.

Por su parte el FOSS no protegido es el software libre cuyo autor ha autorizado la redistribución y modificación, esto involucra que también se ha permitido añadir restricciones adicionales. Por lo tanto algunas copias o versiones modificadas de dicho software pueden no ser libres completamente. En último caso, el FOSS protegido por copyleft es software libre cuyos términos de distribución no permiten a los redistribuidores agregar ninguna restricción adicional cuando éstos redistribuyen o modifican el software. Esto significa que cada copia del software, aun si ha sido modificado, debe ser software libre.

Comprendidos los tipos de licencia existentes según la protección que se le otorga al software es importante retomar la realidad bajo la cual se presentan los contratos hoy en día. La doctrina española, acertadamente diferencia las licencias en contratos de software a la medida, y contratos de software de consumo estándar. Los primeros son aquellos diseñados según las necesidades del usuario del software, por lo cual existe comunicación entre las partes. Los segundos se refieren a toda contratación masiva, es decir las licencias son al portador por lo cual son dirigidas a persona indeterminada al no existir comunicación

²³⁶ Ref. A license that uses copyright law to achieve a result opposite to traditional copyright. Depending on whom you ask, this means either licenses that permit the freedoms under discussion here, or, more narrowly, licenses that not only permit those freedoms but enforce them, by stipulating that the freedoms must travel with the work. The Free Software Foundation uses the second definition exclusively; elsewhere, it's a toss-up: a lot of people use the term the same way the FSF does, but others—including some who write for mainstream media—tend to use the first definition. It's not clear that everyone using the term is aware that there's a distinction to be made. Fogel, Karl, *Producing Open Source Software: How to Run a Successful Free Software Project*, <http://producingoss.com/>, P. 156

²³⁷ Rodríguez, Gladys, "El software libre y sus implicaciones jurídicas", *Revista de Derecho de la División de Ciencias Jurídicas*, Barranquilla: Universidad del Norte, N° 30, diciembre de 2008, P. 187

entre licenciante y licenciatario. Por sus características, la contratación masiva se da a través de contratos de adhesión preestablecidos lo cual permite al autor dar la misma protección a su obra frente a los indistintos usuarios.

La presentación del contrato de licencia también genera una particularidad, ya que el acceso a determinado software puede provenir ya sea por un soporte físico como lo sería un disco compacto (CD) o por medio digital como sería por Internet.²³⁸ En el primer caso el contrato de licencia se encontrará de manera física con el software adquirido, por lo cual el posible aceptante tiene acceso a los términos previa aceptación. Sin embargo, como analizaremos posteriormente, hay términos contractuales abusivos que establecen que el acceso a las cláusulas generales de contratación, ya determina la aceptación de las mismas, como sucede en los llamados shrink-wrap agreements.

En el segundo caso, la obtención se realiza por medios electrónicos, es decir que se puede acceder al software ya sea por compra en línea en el caso de contratos onerosos; o por descarga gratuita o simple navegación web. En estos casos los contratos de licencia pueden ser desplegados previamente a la utilización o instalación del software, como sucede en los click-wrap agreements; o pueden no ser desplegados y se dan por aceptados por el simple uso como es el caso de los browse-wrap agreements.²³⁹

Me gustaría aclarar que las condiciones predisuestas, que de cumplirse dan por aceptados los términos de licenciamiento, son establecidas unilateralmente en cuanto el licenciatario tiene la necesidad de que sus derechos patrimoniales con respecto al software sean respetados. Sin embargo no debemos olvidar que el consentimiento es pilar fundamental para la validez del contrato, por lo tanto la estipulación de dichas cláusulas deben acogerse al ordenamiento jurídico, en cuanto los contratos de licencia de software y contratos de adhesión rigen su consentimiento a las normas generales de contratación.

2.3 Shrink-wrap, click-wrap y browse-wrap agreements

²³⁸ Ref. Miller, Roger, *Fundamentals of Business Law: summarized cases*, 9° ed., Mason: Cengage Advantage Books, 2010, P. 153

²³⁹ Ref. Pérez, José, *Nombres de dominio y acuerdos de licencia*, <http://www.mailxmail.com>, P. 8

Como ha sido analizado con anterioridad, la contratación del software se maneja en forma de contratos de adhesión, es decir contratos predispuestos dirigidos al consumidor final. Esta modalidad evita en definitiva la comunicación entre el proveedor y el usuario final del software, lo que conlleva una problemática para establecer la existencia o no de consentimiento, y en caso de haberlo, el momento y el lugar donde el contrato nace jurídicamente para establecer jurisdicción. Bajo la forma de contratos de Terms & Conditions (T&C) o Términos y Condiciones, los proveedores licencian el uso de software, con lo cual las cláusulas generales de contratación son la oferta del proponente.

Como contrapartida, el usuario debe aceptar o negar dicha oferta, por lo cual la aceptación constituye una declaración de voluntad unilateral y receptiva del destinatario de la oferta, es decir la licencia de uso, en virtud de la cual manifiesta su conformidad con la misma, determinando la concurrencia de ambas la perfección del contrato. En este punto debemos comprender que para la existencia de consentimiento, debe haber una aceptación que cumpla con las normas generales de la contratación; es decir que no adolezca de vicios de consentimiento.

De igual forma, la aceptación debe declararse ya sea de manera expresa, tácita o presunta.²⁴⁰ Al encontrarnos en el marco de la contratación predispuesta, la opción de una declaración expresa se ve limitada, mucho más cuando en la actualidad la mayoría de estos contratos se llevan a cabo por medios electrónicos. La declaración de voluntad de manera tácita y presunta siempre ha existido, y es plenamente aceptada por los ordenamientos jurídicos, por lo cual “la contratación electrónica acentúa una realidad que se extiende a lo largo y ancho del Derecho de obligaciones y contratos.”²⁴¹

Por lo tanto la aceptación puede declararse o comunicarse al proveedor de distintas formas, ya sea mediante la firma de una licencia al momento de adquirir físicamente el programa; por medio de un correo electrónico o una aceptación en el portal web del

²⁴⁰ Ref. López, David & Martínez, Francisco, “La formación del contrato electrónico”, *Revista de contratación electrónica*, EDICIP, N° 105, Junio de 2009, <http://vlex.com/vid/formacion-contrato-electronico-65009108>

²⁴¹ Ref. López, David & Martínez, Francisco, “La formación del contrato electrónico”, *Revista de contratación electrónica*, EDICIP, N° 105, Junio de 2009, <http://vlex.com/vid/formacion-contrato-electronico-65009108>

proveedor cuando se accede al software por Internet; o mediante un acto que exprese la voluntad de aceptar pudiendo ser el uso, descarga o instalación del software. El gesto o acto es un modo muy frecuente en la contratación electrónica para exteriorizar la voluntad de aceptar, siendo el común denominador en los contratos a analizar como lo son los shrink-wrap, click-wrap y browse-wrap agreements. Por ejemplo, la descarga de un programa de ordenador constituye un supuesto de consentimiento contractual expreso, aunque indirecto.

2.3.1 Shrink-wrap agreement

Los shrink-wrap agreements son contratos de licencia, o también llamados Terms & Conditions que se caracterizan por encontrarse de manera física conjuntamente con el dispositivo soporte donde se encuentra el software licenciado. Su nombre proviene del plástico dentro del cual se encuentran tanto el software como el contrato de licencia, el plástico al ser transparente idealmente debería permitir la lectura del contrato dentro de dicho plástico. Dentro de las condiciones predispuestas, se establece el acto generador de la aceptación, siendo éste la apertura del plástico, razón por la cual el contrato debe ser leído dentro del plástico o shrink-wrap.²⁴² La finalidad de este contrato es asegurarse de presentar el contrato de licencia al usuario con anterioridad al uso, tanto así que toma en cuenta como momento de perfeccionamiento consensual al rompimiento necesario para el acceso al soporte físico del software.

Es así que en palabras de Miller, la licencia shrink-wrap es aquella cuyos términos se encuentran expresados dentro de una caja donde se encuentra empaquetada la obra o el software. Usualmente, el usuario al abrir el plástico no ha podido visualizar los términos

²⁴² De Froberville, Vannesa, Software off-the-shelf it's a wrap trap, *Vlex*, United Kingdom Law Articles in English, 3 de diciembre de 2007, <http://books-journals.vlex.co.uk/vid/software-off-the-shelf-wrap-trap-33044414>

contractuales, bajo los cuales el hecho de abrir, es expresión suficiente de aceptación por lo cual se obliga por la licencia.²⁴³

Este tipo de contratos ha generado gran polémica, en cuanto se discute si el acto establecido contractualmente es suficiente para generar consentimiento, más aun cuando el acceso a los términos contractuales para tener conocimiento de la oferta se encuentra subordinado a un acto necesario ha realizarse para el acceso al contrato. Como se analizará en el próximo capítulo, la obligatoriedad de las cláusulas de este tipo de licencia son muy debatidas, en cuanto se discute la existencia o no de consentimiento sobre el contrato ya que el aceptante no conoce el contenido hasta después de haber declarado su aceptación.²⁴⁴

Para muchos autores, también existen casos donde el contrato se encuentra adjunto al programa pero de manera digital, por lo cual para su lectura no sólo es necesaria la apertura del empaque para acceder a la licencia, sino que el usuario debe instalar el software en un ordenador para poder leer los términos ya aceptados presuntivamente. Como dato, quisiera señalar que la jurisprudencia se enfoca en la posibilidad de acceso al texto de la licencia con anterioridad al nacimiento contractual, como elemento a valorar para la existencia de un consentimiento informado.²⁴⁵

Este tipo de contrato es el que más demuestra la necesidad y urgencia que tiene el proveedor para obligar al usuario a los términos de la licencia. Entre las finalidades principales cabe destacar la defensa de los derechos patrimoniales sobre el software, generando grandes restricciones al uso. Por otra parte, este tipo de licencias demuestran de entrada ser contratos que abusan de la predisposición de cláusulas generales, por lo cual los contratos pueden contener cláusulas abusivas como deslindar de responsabilidad al

²⁴³ Ref. A shrink-wrap agreement (or shrink-wrap licence) is an agreement whose terms are expressed inside a box in which the goods are packaged. (The term shrink-wrap refers to the plastic that covers the box). Usually, the party who opens the box is told that she or he agrees to the terms by keeping whatever is in the box. Similarly, when the purchaser opens a software package, he or she agrees to abide by the terms of the limited license agreement. Miller, Roger, *Fundamentals of Business Law: summarized cases*, 9^o ed., Mason: Cengage Advantage Books, 2010, P. 153

²⁴⁴ Cfr. Morosin, Mathew, Unfair consumers contract bill, *Vlex*, Australia Law Articles in English, 24 de Agosto de 2009, <http://au.vlex.com/vid/unfair-consumer-contracts-bill-65164354>

²⁴⁵ Debe entenderse como consentimiento informado la declaración de voluntad realizada tras el conocimiento previo de los términos contractuales, así como el acto presuntivo de declarativa de voluntad.

proveedor frente a defectos del software, o tratar de no reconocer la obligación a prestar garantía con respecto al producto.

Sin embargo esta supremacía contractual por parte del licenciante, se debe a que el shrink-wrap es una licencia sin firma, donde la formación consensual se da por el cumplimiento de una condición establecida en el texto de la licencia. De esta forma, los licenciantes desean dar proteger su obra frente a terceros y al no tener elementos para una formación de consentimiento normal, debe aprovecharse de una construcción contractual que permita presumir la declaración de voluntad del licenciatario.²⁴⁶ La necesidad de licenciar contractualmente de esta forma presuntiva, se debe a la no comunicación existente, puesto que si la licencia se manejaría por aceptación expresa, es imposible para el licenciante conocer si el usuario aceptó o no los términos; y mientras tanto el usuario puede estar dando uso al software generando inseguridad jurídica para el oferente.

Cuando el acceso al software se adquiere por medios electrónicos, es decir a través de la Web, los contratos de licencia deben adecuarse a la realidad digital. En este sentido surgen los click-wrap y browse-wrap, a los cuales se accede de forma digital a través de un ordenador según las características de cada tipo de licencia. En general estas licencias son conocidas como EULA, cuyas siglas responden a End User License Agreement o Contrato de licencia de usuario final, en cuanto los contratos se dirigen a persona indeterminada al pertenecer al marco de la comercialización masiva.

2.3.2 Click-wrap agreements

Las licencias de software han ido evolucionando según la realidad y necesidades de los nuevos tipos de contratación. Es así que de licencias individuales se pasó a licencias en masa, para terminar utilizándolas en el mercado informático a través de la Internet. Hoy en

²⁴⁶ Ref. Consequently, shrink –wrap licenses are those unsigned “agreements” that are shipped with some types of software. The software manufacturers want to have this kind of contractual protections that are not available without an agreement. Shrink-wrap licenses provide nothing to sign, but create protections for the manufacturers. Pei-Yi, Wang, *A legal analysis of Creative Commons Licenses in Taiwan, Japan and United States*, No publicado, P. 41

día, y como predecesor del shrink-wrap agreement, la licencia click-wrap es la más utilizada en la Web en cuanto evita la problemática existente en el shrink-wrap con respecto al consentimiento informado.

El click-wrap agreement, también conocido como click-through, es un tipo de contrato de licencia que pertenece a la realidad informática, ya que su acceso y aceptación se dan a través de un ordenador. La principal característica del contrato es que es desplegado al usuario previo al uso, descarga o instalación del software y su aceptación debe ser expresa, aceptación sin la cual el software no puede reproducirse.²⁴⁷ Al ser un contrato predispuesto por lo general no existirá comunicación con el proveedor, sin embargo cuando la aceptación se da a través de la Internet, puede existir contacto con el proveedor, por lo cual la formación del consentimiento en estos casos será mas apegada a la contratación tradicional.

El mayor acierto de este tipo de licencia es la presentación o despliegue de los términos, los cuales aparecen en pantalla para el usuario de manera previa a acceder al software. Los tan conocidos términos y condiciones de uso se despliegan en una ventana donde se encuentra el texto completo de la licencia, y botones que dan la orden expresa de aceptar o no dicho contrato. En este sentido, el usuario declara su voluntad mediante un click en el botón correspondiente a la aceptación de la licencia.²⁴⁸ En caso de no aceptar, el usuario puede cancelar o cerrar la ventana de condiciones lo cual evita la descarga, uso o instalación del programa.

Este contrato ha llegado a ser tan utilizado, en cuanto no genera problemática con respecto a la declaración de adherencia al contrato. Esto se debe fundamentalmente a dos características: primero la licencia es presentada con anterioridad a cualquier uso del programa, al punto que el funcionamiento del software se encuentra condicionado a la aceptación. Segundo, la declaración de voluntad por parte del aceptante se da de manera

²⁴⁷ Ref. De Froberville, Vannesa, Software off-the-shelf it's a wrap trap, *Vlex*, United Kingdom Law Articles in English, 3 de diciembre de 2007, <http://books-journals.vlex.co.uk/vid/software-off-the-shelf-wrap-trap-33044414>

²⁴⁸ Ref. Wang, Faye, *Internet Jurisdiction and Choice of Law: Legal Practices in EU, US and China*, New York: Cambridge, 2010, P. 27

expresa y no presuntiva, por lo cual la formación del consentimiento depende únicamente de la voluntad del adherente y no de una cláusula preestablecida por el proveedor.

Es importante recalcar que en el momento de desplegar la ventana de aceptación del contrato, no necesariamente se encontrara el texto íntegro de la licencia, sin embargo esto no cambia la realidad en cuanto siempre habrá una opción para acceder al mismo previa aceptación, mediante un hipervínculo. No siempre se despliega a primera vista debido a la extensidad de los contratos, sin embargo el usuario diligente accederá a través del hipervínculo. En concordancia con lo antes expuesto, muchos software necesitan una doble aceptación al tener que marcar un check box indicando que el T&C ha sido leído, y posteriormente dar click al botón de aceptación.

Para este tipo de licencias cuya característica es el pleno acceso a los términos contractuales previa aceptación expresa, es muy importante que dentro de la licencia no exista referencia a otros documentos o se halle incompleta. Esto generaría que dichas cláusulas no se vean como aceptadas por lo cual no habría obligatoriedad de cumplirlas. Esto se debe a que la naturaleza del click-wrap agreement es otorgar la mayor seguridad jurídica con respecto al conocimiento previo, por lo cual el aceptante solo se adhiere a lo que tiene acceso y no más. Por su parte, el licenciante tiene la seguridad que en caso de aceptación, no importa si el licenciario tuvo la due diligence de leer el contrato a cabalidad, éste se obliga a cabalidad con el mismo.²⁴⁹

2.3.3. Browse-wrap agreements

El browse-wrap, conjuntamente con el click-wrap agreement son los dos tipos de licencias conocidas como Web-wrap, en cuanto están diseñadas para la distribución masiva del software a bajo costo a través de la Internet. El browse-wrap agreement se refiere a aquellas licencias que permiten el acceso o uso de materiales que se encuentran en un sitio

²⁴⁹ Ref. Generally, the law does not require that the parties have read all of the terms in a contract for it to be effective. Therefore, clickin on a box that states "I agree" to certain terms can be enough. Miller, Roger, *Fundamentals of Business Law: summarized cases*, 9° ed., Mason: Cengage Advantage Books, 2010, P. 153

web. En principio, el ideal de esta licencia es que su contenido sea desplegado y aceptado por el usuario antes de acceder al sitio web.²⁵⁰

Se lo asemeja con el click-wrap agreement en cuanto o bien presenta los términos y condiciones contractuales antes de acceder o usar el portal web, o presenta un enlace que permite en todo tiempo el acceso al texto del contrato siendo esta opción la más utilizada. La diferencia sustancial con el click-wrap es que no necesita aceptación expresa, pues ésta se infiere por el acceso o uso del sitio web. Por esta razón existen problemas para establecer si hubo o no consentimiento frente a la licencia, y en caso de generarse la aceptación también quedan dudas sobre el momento del perfeccionamiento contractual.

Es así que la doctrina indica que cuando la licencia no se despliega automáticamente, el enlace o hipervínculo que permite el acceso debe establecer por lo menos la indicación de que el uso o acceso del software web comprende una aceptación presuntiva de los T&C.²⁵¹ Por lo tanto debe existir un consentimiento informado para que la licencia sea oponible al usuario, dicho consentimiento se dará cuando el texto contractual es visible, que establezca la forma en que se genera la aceptación presuntiva. Sin embargo no existen reglas específicas que establezcan la forma en que el texto o su enlace sean visualizados dentro de la página web.

Como vemos, mantiene similitud con el shrink-wrap en cuanto en ambas licencias no existe declaración de voluntad expresa para obligarse con la licencia por parte del usuario. En este sentido, al no existir una respuesta por parte del posible licenciatarario, el contrato debe generar mediante cláusulas una declaración presuntiva; sin embargo para que el acto de uso presuma aceptación, los términos de la licencia deben ser plenamente visualizados.²⁵²

²⁵⁰ Ref. De Froberville, Vannesa, Software off-the-shelf it's a wrap trap, *Vlex*, United Kingdom Law Articles in English, 3 de diciembre de 2007, <http://books-journals.vlex.co.uk/vid/software-off-the-shelf-wrap-trap-33044414>

²⁵¹ Ref. Pérez, José, *Nombres de dominio y acuerdos de licencia*, Curso por Internet, <http://www.mailxmail.com>, P. 8

²⁵² Ref. Unlike a click-on agreement, however, browse-wrap terms do not require an Internet user to assent to the terms before, say, downloading or using certain software. In other words a person can install de software without clicking "I agree" to the terms of a license. Miller, Roger, *Fundamentals of Business Law: summarized cases*, 9° ed., Mason: Cengage Advantage Books, 2010, P. 153

Para resumir, los tres son contratos de licencia de software, el shrink-wrap se puede dar por medio físico o digital acompañado del programa protegido; mientras el click-wrap y browse-wrap son solo digitales, conformando entre ambos los llamados web-wrap agreement. Los tres mantienen la figura del contrato de adhesión, sin embargo solo la aceptación en el click-wrap se da de manera expresa; en cuanto en los otros la aceptación se da por una declaración presuntiva, es decir que una acción presume la voluntad de aceptar. En el caso del shrink-wrap agreement, el acto presuntivo es el romper el plástico que empaqueta el software y la licencia; aunque también lo puede ser el uso del software ya que la licencia viene en formato digital junto con el programa. Para el browse-wrap agreement, el uso o navegación web ya constituye aceptación de los términos y condiciones establecidos para el uso del software web.

En el próximo capítulo se analizará si estos tipos de contratos se forman a través de un verdadero consentimiento por parte del usuario, o si las cláusulas predisuestas atentan contra la libertad de contratación del posible licenciatario al obligarlo ante contratos no conocidos ni consentidos por él. En este sentido se trabajará con la aplicación de la normativa internacional frente a estos casos, así como el tratamiento que da la jurisprudencia internacional a dichas licencias.

3. Consentimiento en las licencias de software

3.1. Análisis normativo

En anteriores capítulos se ha analizado el contrato de licencia de software, el cual ha sido realizado desde distintas perspectivas, en cuanto este negocio jurídico responde a varias realidades y áreas del derecho. En principio se rige por la regla generales de contratación, en cuanto debe cumplir con los elementos esenciales para la existencia y validez del negocio, elementos entre los cuales se encuentra la formación del consentimiento. Cabe resaltar que la formación puede darse por medios electrónicos, pero en principio sigue rigiéndose bajo los mismos principios, la importancia es que la normativa jurídica dé validez a la oferta y aceptación electrónica.

La licencia de software también es una licencia de uso, por la cual se transfieren derechos de propiedad intelectual, en este sentido se debe tomar en cuenta las limitaciones que pudiere dar la normativa respecto a los contratos que tienen por objeto derechos patrimoniales sobre obras protegidas. En último lugar, la mayoría de licencias son contratos de adhesión, por lo cual deben cumplir con los lineamientos de las cláusulas generales, evitando el uso de cláusulas de carácter abusivo las cuales son reprimidas por el ordenamiento jurídico. En este mismo sentido es importante analizar la validez de la aceptación de voluntad presuntiva existente en ciertas licencias de software, puesto que no existe comunicación de la misma al licenciante.

Antes de continuar con el análisis normativo deseo señalar, que el enfoque de este estudio son las licencias de uso de software al portador (contratación masiva), en cuanto la no determinación del licenciario y la no comunicación entre las partes generan dificultades para determinar la existencia del consentimiento y su momento de formación. No se estudian las licencias de uso negociadas en cuanto el consentimiento se regirá única y exclusivamente a las normas generales de contratación.

Entre las licencias de uso de software de distribución masiva tenemos como las principales al shrink-wrap, click-wrap y browse-wrap agreement. Para facilitar el análisis de los mismos, agruparemos el tratado del browse-wrap con el shrink-wrap en cuanto el primero es considerado por varios autores como la versión electrónica del segundo. Para esto debemos ampliar la definición de shrink-wrap al ámbito digital, por lo cual acogiéndonos a la doctrina internacional, el término shrink-wrap hace referencia a un acuerdo de licencia de uso, sin firmar, el cual estipula que la aceptación por parte del usuario de los términos, se presenta en el momento de abrir el empaque “shrink-wrap”, u otro empaque del software, por el uso del software, o por otro mecanismo especificado, como la navegación web.²⁵³

En este sentido la característica distintoria entre el shrink-wrap y el click-wrap será la forma en que se genera la declaratoria de voluntad del usuario al aceptar la licencia. Por lo tanto las formas de aceptación serán tácitas o presuntivas para el shrink-wrap, y expresa en el caso del click-wrap.

Entendiendo que el objeto de la licencia son los derechos de autor sobre el bien inmaterial, es decir el software, empezaremos analizando el tratamiento que le dan a la transferencia de los derechos patrimoniales los distintos ordenamientos jurídicos. En este sentido diremos que nuestra Ley de Propiedad Intelectual, trata el derecho de autor en su libro I. En este sentido define a la licencia como:

Licencia: Autorización o permiso que concede el titular de los derechos al usuario de la obra u otra producción protegida, para utilizarla en la forma determinada y de conformidad con las condiciones convenidas en el contrato. No transfiere la titularidad de los derechos.²⁵⁴

Siendo así, es la licencia el tipo de contrato aceptado por la normativa ecuatoriana para transferir el o los derechos patrimoniales según sea el caso. Para esto señala unos cuantos requisitos, como es la necesidad de que se celebre por escrito y que el contrato sea oneroso.

²⁵³ Hayes, David, *The enforceability of shrinkwrap license agreements on-line and off-line*, 1997, www.fenwick.com/pub/shrinkwrap.htm

²⁵⁴ Ley de Propiedad Intelectual, (Ecuador), Registro Oficial Suplemento 426, 28 de diciembre de 2006, Artículo 7

Art. 44.- Los contratos sobre autorización de uso o explotación de obras por terceros deberán otorgarse por escrito, serán onerosos y durarán el tiempo determinado en el mismo, sin embargo podrán renovarse indefinidamente de común acuerdo de las partes.²⁵⁵

Este artículo (44) puede generar conflictividad con los contratos de licencia de uso, en cuanto éstos pueden ser de carácter gratuito, como sucede por ejemplo con el software utilizado en páginas web gratuitas. Por lo general la onerosidad se confunde con la bilateralidad contractual, por la cual ambas partes deben obligarse frente al negocio jurídico, siguiendo este razonamiento podemos decir que pese a que existen licencias de software gratuitas, estas siempre generan obligaciones al licenciatario, quien pese a no obligarse a un pago pecuniario, se obliga a respetar los derechos del autor.

En este sentido la Ley de Propiedad Intelectual chilena, en un sentido muy similar establece características para la autorización de uso de material protegido:

Art. 20. Se entiende por autorización el permiso otorgado por el titular del derecho de autor, en cualquier forma contractual, para utilizar la obra de alguno de los modos y por alguno de los medios que esta ley establece.

La autorización deberá precisar los derechos concedidos a la persona autorizada, señalando el plazo de duración, la remuneración y su forma de pago, el número mínimo o máximo de espectáculos o ejemplares autorizados o si son ilimitados, el territorio de aplicación y todas las demás cláusulas limitativas que el titular del derecho de autor imponga.²⁵⁶

El manejo del término autorización y no licencia no tiene importancia en cuanto deben comprenderse como sinónimos. Por su parte la Ley de Propiedad Intelectual Argentina se limita a indicar en su artículo Artículo 55 bis, “La explotación de la propiedad intelectual sobre los programas de computación incluirá entre otras formas los contratos de licencia para su uso o reproducción.”²⁵⁷ No realiza más menciones con respecto a dicho tipo de contrato por lo que debemos entender que se rige bajo las normas generales de contratación. Una peculiaridad sucede en el caso colombiano, donde la Ley de Propiedad Intelectual no ha sido reformada en el sentido de generar protección directa al software, sin

²⁵⁵ Ley de Propiedad Intelectual, (Ecuador), Registro Oficial Suplemento 426, 28 de diciembre de 2006, Artículo 44

²⁵⁶ Ley de Propiedad Intelectual, (Chile), Ley nº 17336, Diario Oficial N° 27761, 2 de octubre de 1970, Art. 20

²⁵⁷ Ley de Propiedad Intelectual, (Argentina), Ley nº 11723, 23 de septiembre de 1926, Art. 55 bis

embargo cabe recalcar que bajo la Convención de Berna y el WIPO Copyright Treaty, los programas de ordenador son protegidos bajo la figura de obras literarias. En este sentido no existe un trato especializado al comercio del software.²⁵⁸

Retomando el análisis normativo ecuatoriano, podemos indicar que nuestro ordenamiento jurídico establece varias pautas, sobretodo de derecho internacional privado con respecto al establecimiento jurisdiccional con respecto al domicilio contractual, como sucede en el artículo 45:

Art. 45.- Las diversas formas de explotación de una obra son independientes entre sí y, en tal virtud, los contratos se entenderán circunscritos a las formas de explotación expresamente contempladas y al ámbito territorial establecido en el contrato. Se entenderán reservados todos los derechos que no hayan sido objeto de estipulación expresa, y en defecto de disposición sobre el ámbito territorial, se tendrá por tal el territorio del país en donde se celebró el contrato.²⁵⁹

Como vemos en los artículos antes citados, el derecho moral siempre lo mantendrá el creador de la obra, ya que el contrato solo autoriza el goce de derechos patrimoniales. Con esto vemos que la disposición por parte de terceros sobre la obra siempre será limitada a las condiciones bajo las cuales se licenció el software.

Empezando por el análisis del shrink-wrap, para ciertos autores existe duda en catalogar al shrink-wrap como un contrato, en cuanto, para ellos, no cumple con el concepto de contrato. Baudrit²⁶⁰, hace referencia a la definición de Pothier recogida en el Código Civil francés, modelo del ecuatoriano, el cual expresa que “consentimiento de dos o más personas, para formar entre ellas algún compromiso, o para resolver uno existente, o para modificarlo”²⁶¹. Por su parte, el artículo 1454 del Código Civil ecuatoriano, el “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.”²⁶² En este sentido la

²⁵⁸ Ref. Peláez, Luis & Buitrago, Carlos, “El derecho de autor aplicado en Colombia a los programas de ordenador (software) y las bases de datos”, *Revista Generación Digital*, 15° ed., Barranquilla: Fundación Universitaria San Martín, Vol. 1, Núm. 8, octubre de 2009, P. 28-29

²⁵⁹ Ley de Propiedad Intelectual, (Ecuador), Registro Oficial Suplemento 426, 28 de diciembre de 2006, Artículo 45

²⁶⁰ Ref. Baudrit, Diego, *Teoría General del Contrato*, 2° ed., San José: Editorial Juricentro, 1990, P. 25

²⁶¹ Pothier, Robert, *Teoría de las obligaciones*, Barcelona: Imp. Y Lit. J. Roger, 1839, P. 12

²⁶² Código Civil, (Ecuador), Registro Oficial Suplemento 46, 24 de junio de 2005, Art. 1454

normativa civil de Bello, basada en la francesa, se encuentra en otros códigos como el chileno.²⁶³

Ante esto, el shrinkwrap solo puede considerarse un contrato, si existiera un verdadero acuerdo entre las partes. Este acuerdo será perfeccionado por el consentimiento, en el caso particular, con la declaración de voluntad del aceptante, es decir del posible licenciataria. Por lo tanto es importante encasillar el contrato de licencia de software bajo las normas generales de contratación. Si bien es cierto que los contratos aquí estudiados establecen la forma en que se realiza la declaración de voluntad, es importante que estos mecanismos se adapten a la teoría general de contratación, por lo cual el consentimiento debe cumplir, en el caso ecuatoriano, lo dispuesto en el artículo 1476 del Código Civil²⁶⁴:

Art. 1476.- Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración.²⁶⁵

Este artículo, señala dos formas presuntivas o tácitas de declarar la voluntad bajo la normativa ecuatoriana. En principio la norma, muy similar al artículo Artículo 1145 del Código Civil argentino²⁶⁶, permite de manera general la declaración tácita, la cual puede comprender el uso o tenencia del bien. Sin embargo debemos entender que el uso y la tenencia se refieren a bienes materiales, es decir contratos cuyo objeto es un bien tangible, lo cual no sucede en los contratos de licencia donde el bien es el derecho sobre un bien inmaterial. El uso puede ser considerado método de declaración de voluntad, en cuanto el software si puede ser utilizado, mas no como la figura de un uso material, sino como el

²⁶³ Ref. Art. 1438. Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas. Código Civil, (Chile), ID norma 172986, 30 de mayo de 2000

²⁶⁴ Texto idéntico al Artículo 1460 del Código Civil chileno, Código Civil, (Chile), ID norma 172986, 30 de mayo de 2000

²⁶⁵ Código Civil, (Ecuador), Registro Oficial Suplemento 46, 24 de junio de 2005, Art. 1476

²⁶⁶ Ref. Art. 1145 El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito, o por signos inequívocos. El consentimiento tácito resultará de hechos, o de actos que lo presupongan, o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que la ley exige una manifestación expresa de la voluntad; o que las partes hubiesen estipulado, que sus convenciones no fuesen obligatorias, sino después de llenarse algunas formalidades. Código Civil, (Argentina), Ley nº 17.711, 22 de abril de 1968

goce del derecho de reproducción del bien intangible, es decir el programa de ordenador.²⁶⁷ Entendido en este sentido los shrink-wrap agreements son válidos en cuanto la presunción contractual de aceptación se refiera a la efectiva reproducción o uso del software.

Cabe resaltar que la tenencia como modalidad de aceptación tácita debe quedar desechada en cuanto no cabe la tenencia o tener físico de un bien intangible. Podría existir tenencia del soporte físico del software, sin embargo dicha tenencia no involucra ningún derecho sobre el bien en cuanto no se puede aprovecharlo al mismo de manera física. Podríamos decir que en un marco más general, la tenencia de un software se puede referir a la instalación del mismo, sin embargo esto recae en uso o reproducción del mismo.

Pese a esto, en el modelo de aceptación tácita por apertura del empaque del producto, en palabras de Obando, no existe consentimiento ni contrato a una licencia en la cual

se estipula que el consumidor aceptará las cláusulas de la licencia con el sólo hecho de abrir el empaque del producto, pues nunca se presentaría el acuerdo, ya que las cláusulas se encuentran precisamente dentro del empaque, por lo que resulta imposible que el individuo pueda hacer una análisis de los términos de la licencia, y no se presenta por lo tanto un verdadero acuerdo.²⁶⁸

Para que una licencia shrink-wrap se considere válida cuando se recibe los T&C de manera física, la presunción de aceptación debe trasladarse a la reproducción del programa, ya sea por uso o instalación del mismo, con lo cual la presunción permite al usuario diligente acceder al texto previa aceptación o negativa al mismo.

Por su parte, el click-wrap no genera tantas complicaciones debido a que su característica principal es el condicionamiento de acceso al software tras la previa aceptación de los términos contractuales. En la actualidad varios tipos de transacciones on-line se realizan por medio de los click-wrap agreements, siendo el licenciamiento de

²⁶⁷ Pérez, José & Badiola, Miren, "Licencia y Distribución de Programas de Ordenador en España", *La Gaceta de los negocios*, 17 de Noviembre de 2004, <http://www.jausaslegal.com/es/article/070809-licencia-y-distr.jsp>, P. 2-3

²⁶⁸ Obando, Juan, "Los Contratos Electrónicos y Digitales", *Revista Electrónica de Derecho Informático de Costa Rica*, noviembre de 2000, P. 10

software sólo uno de los usos de esta modalidad contractual.²⁶⁹ Este tipo de licencia, requiere que el usuario o consumidor final, acepte los términos de una licencia de uso, previo al envío del software en línea.

Algunos sitios utilizan acuerdos click-wrap para prevenir que los usuarios de la Web puedan navegar en sus páginas, sin antes aceptar varios términos que los dueños del sitio establecen (como restringir el uso de la información de la página a uso personal, prohibir la reproducción del contenido del sitio, etc.). Por lo tanto, la aceptación de los términos contractuales es expresa y se genera a través de un medio electrónico y automático lo cual genera que el proveedor reciba dicha aceptación inmediatamente.²⁷⁰

Como vemos, la aceptación es doble, por un lado se acepta haber leído los términos de la licencia, y por otra se acepta obligarse a los mismos. Por lo tanto el perfeccionamiento contractual se da por el consentimiento en conformidad al artículo 1258 del Código Civil español²⁷¹:

Artículo 1.258. Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.²⁷²

Por lo tanto, bajo este marco contractual, los diferentes licenciantes tienen mayor seguridad jurídica, en cuanto permiten al usuario el acceso necesario al contrato predispuesto, consagrando el deber de información.²⁷³ El deber de información ha sido tratado por Gómez, como el deber que el proponente tiene de dar acceso completo al adherente del contrato predispuesto con el fin de asegurar el conocimiento efectivo de las

²⁶⁹ Obando, Juan, "Los Contratos Electrónicos y Digitales", *Revista Electrónica de Derecho Informático de Costa Rica*, noviembre de 2000, P. 10

²⁷⁰ Ref. Castillo, Mario, *Las doctrinas tradicionales frente a la contratación computarizada*, Lima: Universidad Pontificia Católica del Perú, 1996, P. 33-37

²⁷¹ Cfr. La normativa ecuatoriana divide los contratos en consensuales, reales y formales según el momento del perfeccionamiento. Las licencias son consensuales puesto que no tienen por objeto un derecho real ni deben cumplir formalismo alguno. Código Civil, (Ecuador), Registro Oficial Suplemento 46, 24 de junio de 2005, Art. 1459

²⁷² Código Civil, (España), Real Decreto, 24 de julio de 1889, Art. 1258

²⁷³ Ref. Pinochet, Ruperto, "La formación del consentimiento a través de las nuevas tecnologías de la información. Parte II: La aceptación electrónica ¿Contratantes electrónicos contratantes presentes o ausentes?", *Ius et Praxis*, Talca: Universidad de Talca, Núm. 11-1, Enero 2005, P. 1.1

condiciones generales, tras lo cual puede consentir o aceptar dichos términos de manera explícita a través del portal web.²⁷⁴

Sin embargo, la aceptación genera otra dificultad en su estudio, por cuanto los contratos de licencia de software son de cláusulas generales predispuestas, ya que es el modelo contractual más utilizado en las nuevas tecnologías. España a diferencia de otros estados, genera un régimen establecido propio para los contratos de cláusula general, es así que en el Artículo 5 de la Ley de Condiciones Generales de Contratación establece que:

Artículo 5. Requisitos de incorporación.

1. Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas.

No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas.²⁷⁵

Por lo tanto, la normativa española consagra el deber de información como requisito de validez del contrato de adhesión.

En cuanto a otros ordenamientos jurídicos debemos decir que el régimen establecido para la contratación masiva esta de mano de la protección al consumidor. Las leyes de defensa del consumidor de distintos países limitan la inclusión y validez de cláusulas abusivas en virtud de su posición de predisponentes. Es así que, dentro de los instrumentos jurídicos utilizados para limitar los abusos en la utilización de contratos de adhesión²⁷⁶, se encuentra la elaboración normativa encaminada a asegurar que las condiciones generales sean utilizadas dentro de parámetros como la buena fe contractual. También, como ya se indicó con anterioridad, estableciendo que el adherente haya conocido efectivamente las

²⁷⁴ Ref. Los deberes de información tienen, en fin, una finalidad protectora, que les sirve al propio tiempo de justificación; pretenden proteger al que se halla en una posición más débil, por su escasa información o por su inexperiencia negocial., Gómez, Esther, *Los Deberes Precontractuales de Información*. Madrid: Ed. La Ley, 1994, P. 15

²⁷⁵ Ley de Condiciones Generales de Contratación, (España), Ley 7/1998, B.O.E. núm. 89, 14 de abril de 1998, Art. 5

²⁷⁶ Ref. Davara, Miguel, *Manual de Derecho Informático*, Pamplona: Ed. Aranzadi, 1997, P. 182

condiciones generales y que haya dado su consentimiento en términos explícitos aceptando las mismas.

Dentro de este marco proteccionista cabe destacar la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, la cual dispone en su artículo 3.1 que:

Artículo 3

1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.²⁷⁷

Caso similar sucede en Chile, donde la Ley 19496, que Establece Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores establece que:

Artículo 12 A.- En los contratos celebrados por medios electrónicos, y en aquéllos en que se aceptare una oferta realizada a través de catálogos, avisos o cualquiera otra forma de comunicación a distancia, el consentimiento no se entenderá formado si el consumidor no ha tenido previamente un acceso claro, comprensible e inequívoco de las condiciones generales del mismo y la posibilidad de almacenarlos o imprimirlos.

En este sentido, los términos de las licencias no podrán establecerse por parte del predisponente de forma que pudiere presentarse un perjuicio para el consumidor y un abuso del derecho. La normativa respecto a contratos de adhesión tiene por finalidad la protección del aceptante, razón por la cual el establecimiento de cláusulas abusivas es prohibido.²⁷⁸ Este tipo de cláusulas fueron tratadas en el Capítulo Primero de este estudio, y nombran distintas cláusula tipo que generan abuso en contra del aceptante. En palabras de Tapia y Valdivia²⁷⁹, el objetivo de dar un marco jurídico al contrato de adhesión es permitir que los predisponentes redacten las cláusulas generales, permitiendo a los consumidores aceptarlas pura y simplemente,

²⁷⁷ UE, Directiva 93/13/CEE del Consejo, Diario Oficial n° L 095 de 21/04/1993, 5 de abril de 1993, Art. 3

²⁷⁸ Ref. Ley de Defensa del Consumidor, (Ecuador), Registro Oficial Suplemento 116, 10 de julio de 2000, Art.

41

²⁷⁹ Tapia, Mauricio & Valdivia, José, Contrato por Adhesión: Ley N 19.496, *Microjuris*, <http://www.microjuris.cl/MJCH/Chile.cfm> vista 25.04.05

contemplando normas de orden público de protección que fijan requisitos de validez del contrato por adhesión, referidos al cumplimiento de ciertas formalidades y a la prohibición de algunas estipulaciones, sancionando con nulidad absoluta su vulneración.²⁸⁰

De las anteriores consideraciones, podemos concluir que la validez jurídica de las licencias de uso dependerá, de que se evite la utilización de cláusulas abusivas por parte de los predisponentes para el otorgamiento de las licencias. Es claro que nos encontramos ante un típico caso de contrato de adhesión, pues el contenido de éste es obra exclusiva del propietario del software.

Es también importante indicar que el consumidor tiene por obligación la lectura de las cláusulas, puesto que el deber del predisponente se limita al acceso a dichos términos. Es por esta razón que dentro de la teoría del error, se descarta la posibilidad de invalidar un contrato cuando el consumidor por negligencia no se percató del contrato aceptado ni de sus alcances. Por este motivo, el error sólo se acepta en el caso de que el licenciante no haya permitido el acceso al contrato predispuesto.

Cabe resaltar que en todos los ordenamientos jurídicos, en la normativa correspondiente a la protección a los derechos al consumidor, es globalmente aceptado el derecho de devolución, por el cual el consumidor puede devolver el producto dentro de un plazo establecido legalmente. En este punto citaré a la Ley de Defensa del Consumidor ecuatoriana y a la Ley 19496 chilena:

Artículo 45.- Derecho de Devolución.- El consumidor que adquiera bienes o servicios por teléfono, catálogo, televisión, internet o a domicilio, gozará del derecho de devolución, el mismo que deberá ser ejercido dentro de los tres días posteriores a la recepción del bien o servicio, siempre y cuando lo permita su naturaleza y el estado del bien sea el mismo en el que lo recibió. En el caso de servicios, el derecho de devolución se ejercerá mediante la cesación inmediata del contrato de provisión del servicio.²⁸¹

²⁸⁰ Pinochet, Ruperto, "La formación del consentimiento a través de las nuevas tecnologías de la información. Parte II: La aceptación electrónica ¿Contratantes electrónicos contratantes presentes o ausentes?", *Ius et praxis*, Talca: Universidad de Talca, Núm. 11-1, Enero 2005, P. 1.1

²⁸¹ Ley de Defensa del Consumidor, (Ecuador), Registro Oficial Suplemento 116, 10 de julio de 2000, Art. 45

Artículo 3° bis.- El consumidor podrá poner término unilateralmente al contrato en el plazo de 10 días contados desde la recepción del producto o desde la contratación del servicio y antes de la prestación del mismo.²⁸²

Resumiendo, y en concordancia con Obando, se deben considerar distintos requisitos para la formación plena del consentimiento, es decir el perfeccionamiento de los contratos de licencia de uso de software. Entre estos requisitos debemos considerar los siguientes:

a- Que se exprese claramente la existencia de términos y condiciones contractuales existentes en el sitio web, para realizar transacciones, ya sea de adquisición de software o de simple uso de la página.

b- Que se ofrezca una oportunidad razonable a los usuarios del sitio, para revisar los términos de la transacción antes de que ésta se realice.

c- Que se facilite mediante la existencia de un botón de aceptación, el entendimiento para el consumidor, de que ha aceptado los términos de la licencia.

d- Que se permita claramente al usuario, rechazar los términos de la licencia, pues de lo contrario, en muchas jurisdicciones los contratos webwrap podrían ser inválidos al no ofrecerse suficientes posibilidades al consumidor para analizar el contrato, por lo que podría considerarse viciada la aceptación de éste último y por lo tanto inejecutable el contrato.²⁸³

En conclusión, aunque el uso de las licencias, se ha propagado en el mundo entero como una práctica comercial, no podemos decir que su entorno legal sea claro hasta el momento. Debe crearse prontamente un instrumento internacional, que reúna los criterios de las diferentes naciones en un cuerpo único, para así lograr un panorama más claro para los contratos. Se tiene que considerar, el respeto a los derechos de los consumidores. Es así que la regulación debe tratar tanto al shrink-wrap y click-wrap.

²⁸² Ley de Defensa del Consumidor, (Chile), Ley nº 19496, 7 de marzo de 1997, Art. 3 bis

²⁸³ Ref. Obando, Juan, "Los Contratos Electrónicos y Digitales", *Revista Electrónica de Derecho Informático de Costa Rica*, noviembre de 2000, P. 14

No puede existir seguridad jurídica en las transacciones que no encuentran una protección adecuada en la ley. Los problemas jurisdiccionales que pueden surgir de la existencia de estos contratos, aumenta con las facilidades que brinda Internet para realizar contrataciones internacionales. Por ello es impensable considerar una evolución mayor del comercio electrónico en países en vías de desarrollo, sin la creación de una normativa clara que proteja los intereses de toda la comunidad de naciones.²⁸⁴

Por último, pero más importante, analizaremos un artículo en específico de la Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador, la cual establece la presunción abusiva de establecer el consentimiento de licencias de uso de software al momento de la adquisición del soporte físico del software:

Art. 48.- El titular de los derechos de autor puede igualmente conceder a terceros licencias de uso, no exclusivas e intransferibles. La adquisición de copias de obras que se comercializan junto con la licencia correspondiente, implicará el consentimiento del adquirente a los términos de tales licencias.²⁸⁵

Esta norma legal atenta gravemente el Derecho del Consumidor, constitucionalmente protegido por el artículo 52, al poner en una situación de vulnerabilidad al adherente frente al proponente de un contrato de adhesión. Como sabemos, la ley debe promover la defensa del consumidor, y no agravarla al establecer consentimiento presunto anterior a conocer el contrato ya aceptado.

Art. 52.- Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características.

La ley establecerá los mecanismos de control de calidad y los procedimientos de defensa de las consumidoras y consumidores; y las sanciones por vulneración de estos derechos, la reparación e indemnización por deficiencias, daños o mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos que no fuera ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor.²⁸⁶

²⁸⁴ Ref. Obando, Juan, "Los Contratos Electrónicos y Digitales", *Revista Electrónica de Derecho Informático de Costa Rica*, noviembre de 2000, P. 14

²⁸⁵ Ley de Propiedad Intelectual, (Ecuador), Registro Oficial Suplemento 426, 28 de diciembre de 2006, Art. 48

²⁸⁶ Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, Art. 52

3.2. Análisis jurisprudencial

Debido a la gran cantidad de casos manejados en las cortes estadounidenses, nos centraremos en el estudio de algunos casos tratados con respecto a los tres distintos tipos de licencia de uso de software. La importancia de la jurisprudencia norteamericana radica en la calidad de precepto jurídico que alcanzan las sentencias, razón por la cual su análisis es de gran importancia. En este sentido la jurisprudencia europea se manifiesta en igual forma y bajo principios similares. En cuanto a América Latina se refiere, no hay jurisprudencia desarrollada frente al tema, pese a que convivimos a diario con este tipo de licencias. El estudio se realizará en un análisis caso a caso según el tipo de licencia tratada en cada jurisprudencia.

3.2.1. Click wrap agreements

3.2.1.1. A.V., et al. v. IParadigms, Limited Liability Company²⁸⁷

En este caso, el Tribunal de Justicia considera que hubo menores que se suscribieron a un contrato click-wrap con el acusado iParadigms LLC ("iParadigms") haciendo clic en el ícono de "Acepto" que aparece abajo de un contrato de uso on-line, así manifestando su consentimiento a obligarse por la misma. Los demandantes eran estudiantes de secundaria que por orden de las escuelas a las que asisten, para presentar un trabajo de clase, debían acceder al sitio web "Turnitin" perteneciente al acusado, para comprobar si hay plagio en sus trabajos.

Como parte de este proceso de envío, los demandantes estaban obligados a asentir a las Condiciones de Uso del sitio. Debido a que el contrato de uso contenía una limitación

²⁸⁷ Civ. Act. No. 07-0293, E.D. Va., March 11, 2008

de la responsabilidad que excluye la responsabilidad de los demandantes como consecuencia de su uso del sitio Turnitin, la Corte rechazó las reclamaciones de infracción de derechos de autor, que surgieron del almacenamiento de trabajos de clase en una base de datos utilizada para revisar si existe plagio en las tareas de los estudiantes.

Para llegar a este resultado, el Tribunal rechazó las alegaciones de los demandantes que, por ser menores de edad, no estaban obligados por los términos del contrato de uso del sitio. Sin embargo, debido a que habían aceptado los beneficios de uso del software no podían escapar de las condiciones contractuales en los que tales beneficios fueron prestados.

Además, la Corte sostuvo que el reclamo de infracción de derechos de autor de los demandantes falla porque el acusado había hecho un uso permisible de sus obras. Para llegar a este resultado, el Tribunal se basó en el hecho de que los trabajos de los demandantes fue drásticamente transformada de la obra original, en cuanto añade los trabajos a una base de datos no disponible al público, la cual es utilizada sólo para comprobar si hay plagio por los estudiantes. Asimismo, la Corte apoyó la teoría del fair use en cuanto no hubo impacto en el mercado de obras de Turnitin, ya que las copias de trabajos hechas de la misma no estaban disponibles para el público en general, sino que se mantuvieron en una base de datos privada.

El Tribunal rechazó los contra argumentos presentados por iParadigms, incluido un reclamo por indemnización como consecuencia de la interposición de este recurso. Esta alegación se basa en una "Política de Uso" que se encuentra en el sitio web de Turnitin. El Tribunal sostuvo que los demandantes no estaban obligados por esta política, ya que no estaba vinculada al contrato de uso al que los demandantes si estaban de hecho obligados. No hubo evidencia de que los demandantes eran conscientes de esta "política de uso", aparte que estaba contenida en un enlace en cada página del sitio Turnitin. Como resultado de ello, y debido a que el contrato de uso establecía que en dicho texto se encontraba la totalidad del mismo, la "Política de Uso" no se entendía dentro del mismo. En tal sentido, el intento de integrar dicha política de uso como un browse-wrap no es válido en cuanto el

click-wrap lo invalida al indicar que sus términos son los únicos. Así, el reclamo por indemnización basada en la política de uso fue rechazado.²⁸⁸

3.2.1.2. Steven J. Caspi, et al. v. The Microsoft Network, L.L.C., et al.²⁸⁹

En esta apelación, la Sala de Apelaciones confirmó la decisión de la Corte Superior de Nueva Jersey, de que los demandantes habían firmado un contrato vinculante on-line acordando, a través de un clic, en obligarse por los términos del acuerdo de suscripción de la red de Microsoft. Los términos de este acuerdo aparecen en una ventana desplegable al lado de los botones que contienen las palabras "Estoy de acuerdo" o "no estoy de acuerdo". El usuario no puede iniciar el uso de la red de Microsoft a menos que haga clic en el botón "Acepto". Cada uno de los demandantes dio clic en el botón "Acepto", lo que indica su consentimiento a quedar obligado por los términos del acuerdo de suscripción. Tanto en la apelación como en sentencia anterior se sostuvo que realmente se creó un contrato vinculante entre los acusados y los suscriptores.

La División de Apelación pasó a defender la validez de la cláusula de elección de foro contenida en estos acuerdos de suscripción, cláusula que establece que todas las demandas que surjan o estén relacionados con el contrato de suscripción serán tratados en los tribunales ubicados en el Condado de Kings, Washington.²⁹⁰

3.2.1.3. DeJohn v. The .TV Corporation International, et al.²⁹¹

El Tribunal de Justicia declara que el demandante se obligó en línea a un acuerdo click-wrap, al hacer clic en el icono "Acepto", que presume que el usuario había leído,

²⁸⁸ Ref. Samson, Martin, *Internet Library of Law and Court Decisions*, <http://www.internetlibrary.com>

²⁸⁹ 1999 WL 462175, 323 N.J. Super. 118, 732 A.2d 528, N.J. App. Div., July 2, 1999

²⁹⁰ Ref. Samson, Martin, *Internet Library of Law and Court Decisions*, <http://www.internetlibrary.com>

²⁹¹ 245 F.Supp. 2d 913, C.D. Ill. 2003

entendido y aceptado los términos del contrato entre las partes. Los términos del contrato estaban disponibles y visibles para su revisión en línea haciendo clic en un enlace que aparece en el sitio web Register.com justo encima del icono “Estoy de acuerdo”.

Posteriormente, el Tribunal desestimó las alegaciones presentadas por el demandante, ya que inició el trámite en un foro no competente, ya que la competencia exclusiva se encontraba especificada en la cláusula de elección de foro que figura en el contrato entre las partes. De igual forma se presentaron reclamaciones bajo la ley de otro estado, lo cual es inaplicable por la jurisdicción exclusiva adoptada en el contrato. En este sentido, los argumentos y reclamos presentados fallaron a la luz de los términos del contrato.²⁹²

3.2.1.4. Stephanie Hofer, et al. v. The Gap, Inc., Expedia Inc., and Turtle Beach Towers²⁹³

El Tribunal de Justicia declara que la demandante está sujeta a un acuerdo click-wrap celebrado por su compañero de viaje con el acusado Expedia Inc. ("Private") cuando compró los boletos y alojamiento en hotel por cuenta de la demandante. El compañero de viaje estaba actuando como agente de la demandante, y por su aceptación del acuerdo, la demandante también aceptó los términos. Como tal, el Tribunal desestimó las pretensiones de la demandante contra Expedia por lesiones personales sufridas en el hotel que visitó cuando su sandalia se rompió, lo que la hizo caer por las escaleras y en un estanque ornamental. La desestimación se debe a la exención de responsabilidad contenida en el acuerdo de las partes. El Tribunal sostuvo además que las reclamaciones de la demandante en contra de Expedia no son válidas por cuanto no existía ningún deber u obligación de advertir sobre condiciones peligrosas que supuestamente existían en el hotel.

La Corte negó al acusado Gap Inc. ("Gap") la moción de juicio sumario, y permitió que la demandante proceda con su afirmación de que una sandalia defectuosa que compró en Old Navy, propiedad de Gap, fue la causa que la hizo caer y le generó lesiones físicas.

²⁹² Ref. Samson, Martin, *Internet Library of Law and Court Decisions*, <http://www.internetlibrary.com>

²⁹³ Civil Act. No. 05-40170-FDS, D. Mass., September 28, 2007

El Tribunal rechazó la petición de Gap de que dichas declaraciones deben ser excluidas por la aplicación de la doctrina de expoliación, pues como demandante no había conservado la sandalia en cuestión. El Tribunal sostuvo que la demandante no podía ser considerada responsable de la ausencia de la sandalia, pues lo había dejado en el resort en el momento de la lesión, mientras ella era trasladada de urgencia al hospital, y no pudo localizarla posteriormente. Los supuestos de hecho en cuanto a si Gap en realidad fabricó dicha sandalia se encuentra en juicio a espera de una resolución.²⁹⁴

3.2.2. Browse wrap agreements

3.2.2.1. Paola Briceño v. Sprint Spectrum, L.P., d/b/a Sprint PCS²⁹⁵

La demandante se vio obligada por una enmienda al contrato de servicios de telefonía, que exige al demandante a llevar a arbitraje las disputas con la compañía de servicio telefónico, los términos de esta enmienda fueron publicados en línea para el conocimiento de los suscriptores. Es así que la demandante se obligó al contrato como consecuencia de la recepción de la factura que le dio tanto a la notificación de la enmienda, como la dirección de un sitio web en Internet en el que los términos contractuales pueden ser vistos. En esta notificación se señala que se otorga a los usuarios la oportunidad de cancelar su contrato si no desea obligarse a los nuevos términos. En este sentido, la demandante se hallaba ligada al contrato a pesar de que ella no había leído los términos de la enmienda, ni dio una señal afirmativa indicado su consentimiento a obligarse por la misma. Debido a que la enmienda obliga a la demandante a llevar a arbitraje sus disputas con el acusado Sprint, el Tribunal de Distrito de Apelaciones de Florida confirmó la

²⁹⁴ Ref. Samson, Martin, *Internet Library of Law and Court Decisions*, <http://www.internetlibrary.com>

²⁹⁵ Case No. 3D05-144, Florida Dist. Ct. App., August 31, 2005

decisión del tribunal inferior con respecto a la moción del acusado para recurrir a arbitraje.²⁹⁶

3.2.2.2. Cairo, Inc. v. CrossMedia Services, Inc.²⁹⁷

El Tribunal de Justicia declara que las Condiciones de Uso establecidas en los sitios web del demandado constituyen acuerdos vinculantes entre el operador del sitio web y el usuario del mismo, en cuanto existen avisos desplegados que informan y disponen que el usuario se obliga a dichas condiciones si utiliza frecuentemente el sitio. En este sentido, se establece que el demandante utiliza los sitios con conocimiento real de las condiciones puesto que estas son desplegadas y aceptadas por el usuario. Y se verifica dicho conocimiento debido al uso repetido del sitio web. Posteriormente el Tribunal desestima el caso por falta de jurisdicción territorial en cuanto la licencia fija jurisdicción en Illinois y el proceso se inició en California.²⁹⁸

3.2.2.3. Dewayne Hubbert v. Dell Corp.²⁹⁹

Revirtiendo la decisión de la corte inferior, un Tribunal de Apelación de Illinois, en aplicación de la ley de Texas, indica que los compradores de computadoras Dell se encuentran sujetos a los términos y condiciones de venta, publicados y disponibles en el sitio web de Dell desde el momento de la compra. Es importante destacar que el tribunal sostuvo que los demandantes se encuentran vinculados por estas cláusulas a pesar del hecho de que éstas sólo estaban disponibles a través de un enlace o hipervínculo en el sitio web de Dell, y además, que el consumidor no tenía que hacer clic a un icono de "Acepto" para

²⁹⁶ Ref. Samson, Martin, *Internet Library of Law and Court Decisions*, <http://www.internetlibrary.com>

²⁹⁷ No. C04-04825 (JW), N.D. Ca., April 1, 2005

²⁹⁸ Ref. Samson, Martin, *Internet Library of Law and Court Decisions*, <http://www.internetlibrary.com>

²⁹⁹ 359 Ill. App. 3d 976, 835 N.E.2d 113, Ill App 5 Dist., August 12, 2005; app. denied, 217 Ill. 2d 601, 844 N.E.2d 965 Ill. 2006

indicar su consentimiento y obligarse por él. El Tribunal sostuvo que mediante la compra de sus equipos en línea, los demandantes celebraron un contrato en línea, que incluye los términos y condiciones, ya que se les informó en el sitio web de Dell que sus compras estaban sujetas a dicho contrato.

Como resultado de ello, el tribunal sostuvo que los demandantes se encuentran obligados por la cláusula compromisoria contenida en los Términos, que señala que las disputas que surjan de la compra de sus equipos, serán tratadas ante el Foro Nacional de Arbitraje. Para llegar a este resultado, el tribunal rechazó las alegaciones de los demandantes, en las que sostienen que esta cláusula era procesal y sustancialmente injusta.³⁰⁰

3.2.2.4. Register.com, Inc. v. Verio, Inc.³⁰¹

El Tribunal emite una medida cautelar en contra de Verio, Inc., prohibiendo que mantenga sus prácticas ya sea utilizando un robot de búsqueda para obtener información de la base de datos Whois de Register.com, o utilizando la información obtenida en dicha base de datos para la publicidad en masa no solicitada tanto por teléfono, correo directo o correo electrónico. El Tribunal de Justicia considera que las acciones de Verio no solamente constituye una violación de los Términos de Uso del demandante, sino también una clara desobediencia de la Ley de Fraude y Abuso Electrónico, y la Ley Lanham. Para llegar a esta conclusión, el tribunal sostiene que los Términos de Uso de Register.com son propensos a crear un contrato entre el proveedor y los usuarios de su base de datos Whois, a pesar del hecho de que estos usuarios no tienen que hacer clic en un "Acepto" botón indicando su aceptación a estar sujeto al mismo.³⁰²

3.2.3. Shrink wrap agreements

³⁰⁰ Ref. Samson, Martin, *Internet Library of Law and Court Decisions*, <http://www.internetlibrary.com>

³⁰¹ 126 F. Supp. 2d 238, S.D.N.Y., December 12, 2000

³⁰² Ref. Samson, Martin, *Internet Library of Law and Court Decisions*, <http://www.internetlibrary.com>

3.2.3.1. Affinity Internet, Inc., d/b/a SkyNetWeb v. Consolidated Credit Counseling Services, Inc.³⁰³

Afirmando lo dicho por la corte inferior, la Corte de Apelaciones Distrital de Florida, sostiene que el demandante no está obligado por los términos de un acuerdo de usuario en línea, a pesar de que el contrato escrito entre que las partes manifiesta expresamente que se trataba de "sujeto a todos los términos, condiciones, usuarios y políticas de uso aceptable de SkyNetWeb", ubicado en un sitio web. En consecuencia, el Tribunal de Distrito de Apelaciones confirmó la denegación de la moción del acusado a recurrir al arbitraje, dado que las cláusulas de arbitraje en los que se basó el acusado figuraban sólo en el acuerdo de usuario online, y no en el contrato celebrado entre las partes.³⁰⁴

3.2.3.2. Specht v. Netscape³⁰⁵

Afirmando la decisión de la corte inferior, el Tribunal del Segundo Circuito de Apelaciones sostiene que los demandantes no están obligados por los términos de un acuerdo de licencia que pretende regular el uso de un producto de software que fue descargado, en cuanto los demandantes no dieron aviso oportuno de la licencia, ni hubo una declaración adecuada para inferir la aceptación de obligarse por la misma. El software en cuestión puede ser descargado desde una página en el sitio web de Netscape haciendo clic en un botón que dice "download".

Los términos del contrato de licencia en cuestión no estaban contenidos en esta página web, sin embargo, y la única notificación el usuario recibe del acuerdo de licencia se

³⁰³ No. 4D05-1193, Fla. Dist. Ct. App. 4th Dist., March 1, 2006

³⁰⁴ Ref. Samson, Martin, *Internet Library of Law and Court Decisions*, <http://www.internetlibrary.com>

³⁰⁵ No. 01-7860 (L), 2d Cir., October 1, 2002

encuentra en una parte de la página web no muy visible. Por lo general, este aviso debe aparecer por primera vez en la pantalla cuando se desea iniciar la descarga. Este aviso informa al usuario de que el uso del software se rige por los términos del acuerdo de licencia, términos a los cuales se puede acceder haciendo clic en un enlace que aparece en la página web. Una vez que el programa ha sido descargado, el usuario no recibe ningún aviso de cualquier contrato de licencia o de sus términos. El Tribunal sostuvo que este procedimiento no ha creado un contrato vinculante entre las partes, en cuanto el enlace no se encuentra en zona visible.³⁰⁶

3.2.3.3. Klocek v. Gateway, Inc., et al.³⁰⁷

El Tribunal de Justicia considera que los Términos y Condiciones de Gateway, suministrados junto con y en el interior del paquete que contenía un ordenador adquirido por el demandante, no creaban consentimiento con el contrato por parte del consumidor ya sea bajo la ley de Missouri o Kansas. El tribunal llegó a esta conclusión a pesar de que los Términos preveían que habría aceptación a los términos de dicho acuerdo si el consumidor conservaba la computadora por más de 5 días, condición que fue cumplida. Bajo la aplicación de la sección 2-207 del Uniform Commercial Code, el tribunal sostiene que tales términos constituye una aceptación de la oferta del demandante para comprar el equipo que contiene términos adicionales, estos términos no son vinculantes porque no han sido expresamente aceptados por el consumidor. En este sentido se indica que los T&C son accesorios a la compra del bien material, por lo cual jamás existió aceptación de dicho contrato accesorio.³⁰⁸

3.2.3.4. M. A. Mortenson Company, Inc. v. Timberline Software Corporation, et al.³⁰⁹

³⁰⁶ Ref. Samson, Martin, *Internet Library of Law and Court Decisions*, <http://www.internetlibrary.com>

³⁰⁷ 2000 U.S. Dist. Lexis 9896, 104 F. Supp.3d 1332, D. Kan., June 16, 2000

³⁰⁸ Ref. Samson, Martin, *Internet Library of Law and Court Decisions*, <http://www.internetlibrary.com>

³⁰⁹ 970 P. 2d 803, 1999 Wash. App. Lexis 185, Wash. Ct. App., Feb. 1, 1999

El Tribunal sostuvo que los términos de licencia que fueron enviados junto con el software al comprador forman parte del contrato entre las partes, incluyendo las disposiciones por las cuales se limita el daño emergente que el comprador podría recuperar. El software en cuestión fue enviado en un sobre cerrado en cuyo exterior aparece el texto íntegro del acuerdo de licencia. El acuerdo de licencia también se estableció delante en la cubierta interior del manual de usuario incluido con el producto. Una referencia al contrato de licencia aparecía en la pantalla de introducción del programa cada vez que se ejecuta el programa. La licencia por su parte estipulaba que el uso del programa constituye aceptación de los términos de la licencia. Si el usuario no desea obligarse, tiene el derecho de regresar sin demora el producto a Timberline a cambio de un reembolso completo por precio de compra.

El tribunal llegó a esta conclusión a pesar de que el comprador accedió a comprar el software después de una negociación de precios en la que la licencia no fue mencionada, por lo cual se dio prioridad a la confirmación de su acuerdo en una orden de compra enviada al proveedor del software antes de su recepción de la licencia de uso. Como vemos, el Tribunal acepta el shrink-wrap agreement puesto que existe un pleno acceso al texto predispuesto antes de generar la aceptación del mismo.³¹⁰

Como podemos observar, la jurisprudencia norteamericana pone profundo énfasis en el conocimiento previo de las cláusulas generales, evitando así el establecimiento de cláusulas abusivas, y salvaguardando a los usuarios de software. Sin embargo al no existir un régimen plenamente establecido, será potestad del juez indicar cuándo hubo o no un pleno acceso previo al texto de la licencia, característica que determinará la existencia o no del consentimiento.

³¹⁰ Ref. Samson, Martin, *Internet Library of Law and Court Decisions*, <http://www.internetlibrary.com>

4. Conclusiones

Tras el análisis realizado en los anteriores capítulos debemos comprender que el contrato de licencia de software es un contrato atípico, por lo cual no tiene un régimen establecido para su tratamiento. Esto genera que su análisis se realice apegándolo a los distintos regímenes con los cuales tiene familiaridad. Por esta razón se concibió un análisis desde la teoría general del negocio jurídico, por lo cual la licencia debe cumplir en principio las características generales de los contratos.

En este sentido, toda licencia de uso de software contendrá los elementos esenciales de los contratos, entre los cuales cabe resaltar la existencia de consentimiento entre las partes. Por lo tanto debemos comprender que el consentimiento es la suma de voluntades encaminadas a generar un determinado efecto jurídico. Por lo tanto el consentimiento involucra la plena conciencia de los contratantes sobre el negocio a realizar, así como el deseo de celebrarlo.

Siguiendo esta línea los contratos nacerán a la vida jurídica siempre y cuando se cumpla la suma de voluntades. Sin embargo la voluntad de contratar estará compuesta por la voluntad real existente dentro del fuero interno de la persona, y la declaración de la voluntad como exteriorización de dicha voluntad real. Esta distinción plantea la problemática de que una persona puede obligarse a un contrato sin haberlo deseado, o sin conocimiento de haberlo hecho.

Por esta razón, uno de los principales requisitos de validez de los negocios jurídicos es el libre consentimiento de las partes. Entendemos que para un consentimiento pleno, debe existir un conocimiento claro de los efectos jurídicos del negocio jurídico, tras el cual existe la expresión de voluntad de obligarse a los mismos. Si decimos que no existe conocimiento previo de los términos del negocio o de su existencia, es imposible indicar que exista consentimiento.

Cuando dicha discordancia existe entre la realidad y lo deseado, se dice que el consentimiento se encuentra viciado. Dicho vicio puede ser originado ya sea por error, por dolo o por uso de la fuerza. Sin embargo la existencia del vicio no es suficiente para la declaración de la nulidad del contrato, en cuanto el vicio debe haber sido determinante para la celebración del mismo. Otro requisito que surge respecto del error, y es concerniente a nuestro tema, es la aceptación por desconocimiento o ignorancia, quiere decir que la persona se obligó ya sea sin saberlo o sin desearlo. En estos casos, para invalidar el negocio no debe existir negligencia por quien incurre en el error. Posteriormente retomaremos el análisis de la negligencia del aceptante dentro de las licencias de software.

Para los contratos en general, el proceso de formación del consentimiento puede ser confuso en cuanto a las distintas posiciones doctrinarias frente al momento de formación o perfección del contrato. Sin embargo, los contratos de licencia de uso de software son en su mayoría contratos de adhesión o de cláusula general, por lo tanto la formación del consentimiento en este tipo de negocio se reduce a la aceptación de términos contractuales preestablecidos. Bajo esta premisa nos encontramos en un nuevo régimen jurídico, el de la contratación masiva bajo la figura de contratos de adhesión.

La principal característica del contrato de adhesión, es la inmutabilidad del texto preestablecido, es decir, el proponente genera un texto que de ser aceptado por el adherente, genera el consentimiento y perfecciona el contrato. Sin embargo, la falta de capacidad negociadora del adherente, permite al proponente el establecimiento de cláusulas que podrían ser abusivas. Debemos entender como abusivas a aquellas cláusulas que favorecen al proponente en detrimento del adherente. La normativa jurídica, junto con la doctrina han elaborado listas de cláusulas que deben considerarse abusivas al promover la desigualdad contractual.

Dentro de estas cláusulas, existen aquellas que pueden condicionar el nacimiento del contrato, al cumplimiento de ciertos actos por los cuales se presumirá la aceptación del texto predispuesto. En este sentido la presunción o declaración tácita es aceptada por los ordenamientos jurídicos, sin embargo el abuso surge en cuanto los aceptantes no tienen conocimiento de que dicho acto genera tal presunción. En los contratos de licencia de software, existen condiciones que permiten presumir la aceptación por parte del usuario,

esta urgencia por vincularlo se debe a la necesidad de proteger el goce de los derechos existentes sobre la obra.

El software, es considerado globalmente como obra literaria, por lo tanto su protección se encuentra bajo el régimen jurídico de los derechos de autor. Para la distribución del bien inmaterial protegido es necesario realizarlo mediante licencias de uso, en cuanto el licenciante por medio del contrato establecerá las restricciones al uso del mismo. Dichas restricciones limitarán el goce de los derechos de reproducción, modificación y distribución.

Sin embargo las restricciones no necesariamente pueden ir encaminadas a la protección de la exclusividad del goce de dichos derechos, sino al contrario pueden establecerse para evitar dicha exclusividad. Es decir, el licenciante utiliza este tipo de contratación, y busca la vinculación del usuario al contrato, para que el software sea utilizado de la forma deseada por el titular de los derechos. Ejemplificando, un licenciante que lucra de su creación, licenciará el uso de la misma prohibiendo la copia o modificación de la obra; caso opuesto el creador de software libre licencia su uso bajo la fórmula de copyleft por la cual los licenciatarios tienen el goce de todos los derechos permitiendo la copia, modificación y distribución, siempre y cuando las obras derivadas se licencien en términos semejantes.

Si bien la necesidad del licenciante por determinar la forma de uso del software es válido, en ningún sentido puede ser causa para abusar de su carácter de predisponente contractual. En este sentido, la inclusión de cláusulas que presumen la declaración de voluntad, puede como no ser abusivas, en tanto permita el previo análisis del contrato al posible licenciatario. En este sentido la doctrina jurídica ha desarrollado el deber de información, el cual consiste en que el licenciante esta obligado a permitir el acceso del usuario del software a los términos predispuestos con anterioridad a la declaración de aceptar dicho contrato.

Por lo tanto, la validez de la declaración de voluntad del aceptante se encuentra condicionada a que haya conocido el contrato de cláusula general con anticipación, por lo cual la declaración tácita es válida ya que se presume el conocimiento de que el

cumplimiento de una condición genera la vinculación del aceptante al contrato. Es así que si el licenciante no provee el acceso a los T&C con anterioridad a su aceptación, la doctrina establece que no existe consentimiento; caso contrario, de existir dicho acceso previo el contrato es perfecto. Se presume el perfeccionamiento contractual, en cuanto se imputa al licenciatarario la responsabilidad de leer el contrato cuando ha tenido acceso previo a él, por lo cual se presume el conocimiento de su contenido. Por esta razón, y retomando lo antes establecido por las normas generales de contratación, no cabe vicio del consentimiento cuando el error ha sido producto de la negligencia del afectado.

Comprendida la lógica jurídica para establecer o no el consentimiento dentro de las licencias de software, debemos aplicarla a los tres tipos específicos de licencias de software: shrink-wrap, browse-wrap y click-wrap agreement. El primer tipo de licencia, shrink-wrap agreement, se presenta por lo general de manera física junto al soporte físico donde se encuentra el software. La característica principal de estos contratos es que no permiten el acceso a los T&C de manera anticipada, puesto que el acceso a estos implica la aceptación de la licencia.

Por lo tanto, la jurisprudencia norteamericana ha sido muy rígida al establecer la necesidad de acceso previo al consentimiento del contrato, por lo cual los shrink-wrap agreements no generan obligación frente al usuario en cuanto no existe forma de conocer los términos contractuales antes de su aceptación. Este tipo de contrato es totalmente abusivo frente al usuario, en cuanto pretende vincularlo pese a su desconocimiento. Los shrink-wrap han evolucionado mediante la utilización de avisos que indican con anterioridad la aceptación de la licencia. Un ejemplo son los avisos que se encuentran en los empaques en los cuales se adquiere el software donde se indica que el “abrir el empaque presume la aceptación del contrato de licencia del producto”; o se colocan extractos del contrato, sin embargo el acceso a la licencia debe ser completa y no parcial.

El segundo tipo de licencia son los browse-wrap agreements, los cuales protegen el software web, es decir la programación informática a la cual accedemos por navegación web. Este tipo de licencias por lo general no son desplegadas al usuario, y presumen la aceptación contractual por la mera navegación o uso del software web. Para aquellas licencias que no son desplegadas en la página web, no generan vinculación frente al usuario

en cuanto siguen la misma suerte que los shrink-wrap agreements. Caso contrario, si los T&C se encuentran desplegados en el sitio web, la jurisprudencia y la doctrina aceptan que el usuario no solo tiene conocimiento del contrato, sino también la posibilidad de negarlo saliendo de la página web en cuestión; por lo tanto en estos casos existe consentimiento.

Un caso especial, son aquellas licencias que no son desplegadas en pantalla, sino que pueden accederse por un enlace dentro del sitio web. La jurisprudencia estadounidense, no es clara frente a este tema, en cuanto la existencia de consentimiento o no se resume en si el enlace se encuentra o no en un sitio visible dentro del portal web. Por lo tanto, no existen criterios claros para indicar cuándo es o no visible, lo que genera que este tipo de casos tengan tratamientos jurisprudenciales distintos.

El último tipo de licencia de uso de software es el click-wrap agreement, el cual es el más utilizado actualmente por cuanto no permite el acceso al software sin previamente haber aceptado los T&C. Este tipo de software obliga al usuario a aceptar el contrato para poder utilizarlo o acceder a él, dicha aceptación se da al desplegar el contrato de licencia en pantalla, tras lo cual el usuario debe declarar su aceptación al hacer click en el botón de aceptación. Si dicha aceptación no se genera, no se puede acceder al software, con lo cual el licenciatario se asegura que todo usuario haya aceptado con anterioridad la licencia.

Este tipo de contrato permite no solo el acceso al contrato sino la exteriorización de la voluntad de aceptar mediante un hecho positivo. De igual forma, este tipo de contrato ha evolucionado al generar una doble aceptación necesaria para el acceso al software, en primer lugar se debe aceptar haber leído el contrato, y después se acepta obligarse al mismo. Sin embargo como dijimos con anterioridad, la sola presentación previa del contrato al usuario, presume que de haber aceptación del contrato existe conocimiento de sus términos, caso contrario habrá negligencia por parte del licenciatario.

En definitiva, los contratos shrink-wrap no generan consentimiento puesto que el acceso a los términos contractuales es presunción de aceptación de los mismos, por lo cual no se cumple el deber de información por parte del licenciante. Los click-wrap siempre son consentidos por el usuario al existir aceptación positiva del texto contractual previamente conocido. Los browse-wrap como ya indicamos, se encuentran en una suerte de limbo en

cuanto son vinculantes según si desplieguen o no con anterioridad los T&C, y deja en cierta medida la decisión supeditada a la subjetividad de la autoridad judicial.

Antes de finalizar, me gustaría resaltar la oposición normativa ecuatoriana frente a la doctrina, normativa y jurisprudencia extranjera frente a este tema. Pese a la atipicidad jurídica del contrato en otros sistemas, la Ley de Propiedad Intelectual ecuatoriana se refiere en su artículo 48 a los contratos de licencia de uso de software, y establece una presunción abusiva de aceptación de los términos contractuales por la sola adquisición del software.

Es decir, esta norma es opuesta a la realidad jurídica que tiene este tema en otros países, generando un profundo abuso y desequilibrio entre el aceptante y el proponente. De igual forma significa una violación de derechos dentro del sistema ecuatoriano, como lo son los derechos del consumidor, constitucionalmente protegidos. Es necesario realizar una reforma a dicho artículo con la finalidad de evitar esta confrontación normativa, producto de un error atroz al momento de establecer dicho artículo.

BIBLIOGRAFIA

- Acedo, Carlos, "Cláusulas Abusivas", *El Código Civil Venezolano en los Inicios del Siglo XXI*, Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, P. 15
- Acedo, Carlos, *Contratos de Adhesión*, Mendoza Palacios, 2007, <http://www.menpa.com/esp/publicaciones/temas/seguros.php>
- Albadejo, M., *Derecho Civil. Introducción y parte general*, 15° ed., Barcelona: Bosch, 2002
- Alessandri, Arturo, *De los contratos*, Chile: Temis, 2000
- Alessandri, Arturo & Somarriva, Manuel, *Derecho Civil*, 3ra. ed., Santiago: Nascimento, 1961
- Antequera, Ricardo, *Estudios de derecho de autor y derechos afines*, Madrid: Editorial Reus, 2007
- Barzallo, José, *Propiedad intelectual en Internet*, Quito: Ediciones Legales, 2008
- Baudrit, Diego, *Teoría General del Contrato*, 2° ed., San José: Editorial Juricentro, 1990
- Boldrin, Michelle y Levine, David, *Against Intellectual Monopoly*, Nueva York: Cambridge University Press, 2008
- Borda, Guillermo, *Manual de contratos*, 17° ed, Buenos Aires: Editorial Emilio Perrot, 1995
- Borda, G., *Manual de Derecho Civil: Parte General*, 19° ed., Buenos Aires: Editorial Emilio Perrot, 1998
- Boretto, Mónica, *Aspectos de la propiedad intelectual derivados del entorno digital, en el Derecho Internacional Privado*, <www.eumed.net/libros/2005/mmb/>
- Cabanellas, Guillermo, *Diccionario jurídico elemental*, 15° ed., Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2003
- Campderrich, Benet, *Ingeniería del Software*, Barcelona: Editorial UOC, 2003
- Candián, Aurelio, *Instituciones de derecho privado*, México, 1961
- Castillo, Mario, *Las doctrinas tradicionales frente a la contratación computarizada*, Lima: Universidad Pontificia Católica del Perú, 1996

- Castillo, M. & Horna, P., “La plena vigencia del Código Civil en la contratación contemporánea”, *Tratado de la teoría general de los contratos*, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Perú, 2006
- Chaloupka, Pedro, “El derecho de la informática”, *Derechos Intelectuales*, Buenos Aires: Ed. Astrea, 1986
- Chávez, Gina. Gómez, Xavier y Grijalva, Agustín, *Temas de propiedad intelectual*, Quito: Corporación Editorial Nacional, 2007
- Compagnucci, Rubén, *El negocio jurídico*, Buenos Aires: Astrea, 1992
- Cremades, Javier, *Régimen Jurídico de Internet*, Madrid: La Ley, 2002
- Cubides, Jorge & Cubides, Juanita, *Obligaciones*, 5ta. ed., Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2005
- Davara, Miguel, *Manual de Derecho Informático*, Pamplona: Ed. Aranzadi, 1997
- De Froberville, Vannesa, Software off-the-shelf it’s a wrap trap, *Vlex*, United Kingdom Law Articles in English, 3 de diciembre de 2007, <http://books-journals.vlex.co.uk/vid/software-off-the-shelf-wrap-trap-33044414>
- De la Fuente, Marta & Echarri Alberto, *Modelos de contratos internacionales*, 3° ed., Madrid: Fundación Confemetal, 1999
- De la Puente y Lavalle, Manuel, *Estudios sobre el contrato privado*, Lima: Cultural Cusco S.A., 1983
- De Ruggiero, Roberto, *Instituciones de derecho civil*, Madrid: Reus, 1931
- Díaz, Alvaro, *América Latina y el Caribe, la propiedad intelectual después de los tratados de libre comercio*, Santiago de Chile: Naciones Unidas, 2008
- Fishman, Stephen, *The Public Domain: How to Find & Use Copyright-Free Writings, music, art & more*, 5° ed., U.S.A.: NOLO, 2010
- Fogel, Karl, *Producing Open Source Software: How to Run a Successful Free Software Project*, <http://producingoss.com/>
- Garrigues, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, 7ª ed, Bogotá: Editorial Temis, 1987
- Hayes, David, *The enforceability of shrinkwrap license agreements on-line and off-line*, 1997, www.fenwick.com/pub/shrinkwrap.htm

- Janssens, Marie, *Fair use & Software reverse engineering*, Centre for Intellectual Property Rights, WIPO-UNIDO National Seminar on Managing Intellectual Property of SMEs, Minsk, 23 de enero de 2007
- Jiménez, Roxana, “La oferta al público en el Código Civil y en la Ley de Protección al Consumidor”, *Instituciones del Derecho Privado - Contratación Contemporánea*, Bogotá: Editorial Temis y Palestra Editores, 2000
- Lee, Bronwyn, “Contracting out of the Copyright Infringement Exceptions”, *Vlex*, Australia Law Articles in English, 15 de octubre de 2007, <http://au.vlex.com/vid/contracting-infringement-exceptions-30854418>
- Llambias, Jorge, *Código Civil Anotado*, Buenos Aires, 1992
- López, David & Martínez, Francisco, “La formación del contrato electrónico”, *Revista de contratación electrónica*, EDICIP, N° 105, Junio de 2009, <http://vlex.com/vid/formacion-contrato-electronico-65009108>
- Melich, José, *Doctrina General del Contrato*, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1997
- Miller, Roger & Jentz Gaylord, *Business law today*, 9° ed., Estados Unidos: Cengage Learning, 2009
- Mitra, Yashojit, “Free software – Myth or Reality!!”, *Vlex*, India Law Articles in English, 7 de junio de 2004, <http://vlex.in/vid/free-software-myth-reality-29348575>
- Moles, Ramón, *Derecho y control en Internet: la regulabilidad de Internet*, Barcelona: Ariel, 2004
- Morosin, Mathew, Unfair consumers contract bill, *Vlex*, Australia Law Articles in English, 24 de Agosto de 2009, <http://au.vlex.com/vid/unfair-consumer-contracts-bill-65164354>
- Natera, Rafael, *Fiscalidad de los Contratos Civiles y Mercantiles*, Bilbao: CISS, 2007
- Obando, Juan, “Los Contratos Electrónicos y Digitales”, *Revista Electrónica de Derecho Informático de Costa Rica*, noviembre de 2000
- Ospina & Ospina, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Bogotá: Temis, 2005
- Parraguez, Luis, *Manual de Negocio Jurídico*, Borrador No Publicado
- Peláez, Luis & Buitrago, Carlos, “El derecho de autor aplicado en Colombia a los programas de ordenador (software) y las bases de datos”, *Revista Generación Digital*,

15° ed., Barranquilla: Fundación Universitaria San Martín, Vol. 1, Núm. 8, octubre de 2009

Pérez, José, *Nombres de dominio y acuerdos de licencia*.

Patentes y marcas.

Propiedad intelectual y derechos de autor. Curso por internet.
<<http://www.mailxmail.com/curso-certificado-experto-derecho-bienes-inmateriales-innovación>>

Pérez, José & Badiola, Miren, “Licencia y Distribución de Programas de Ordenador en España”, *La Gaceta de los negocios*, 17 de Noviembre de 2004,
<http://www.jausaslegal.com/es/article/070809-licencia-y-distr.jsp>

Pérez, María, *Tribunal de Justicia de la CAN, Propiedad Intelectual y Salud Pública*, Quito: Abya-Yala, 2006

Pei-Yi, Wang, *A legal analysis of Creative Commons Licenses in Taiwan, Japan and United States*, No publicado

Pinochet, Ruperto, “La formación del consentimiento a través de las nuevas tecnologías de la información. Parte II: La aceptación electrónica ¿Contratantes electrónicos contratantes presentes o ausentes?”, *Ius et praxis*, Talca: Universidad de Talca, Núm. 11-1, Enero 2005

Pothier, Robert, *Teoría de las obligaciones*, Barcelona: Imp. Y Lit. J. Roger, 1839

Ramos, Rene, *Derecho Civil I: Teoría general de los actos jurídicos*, Borrador No Publicado

Rodríguez, Gladys, “El software libre y sus implicaciones jurídicas”, *Revista de Derecho de la División de Ciencias Jurídicas*, Barranquilla: Universidad del Norte, N° 30, diciembre de 2008

Rodríguez, Marco, *Los nuevos desafíos de los derechos de autor en el Ecuador*, Quito: Abya-Yala, 2007

Rodríguez, Sofía, *La era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004

- Rubiel, Juan, “Contratos por Adhesión”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México: McGraw-Hill, Año 8, Num. 22, Enero-Abril 1997
- Samson, Martin, Internet Library of Law and Court Decisions, <http://www.internetlibrary.com>
- St. Laurent, Adrew, *Understanding open source & free software licensing*, O’Reilly, 2004
- Soto, Carlos, “Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predisuestos”, *Vniversitas*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Núm. 106, diciembre 2003
- Trabucchi, Alberto, *Instituciones de derecho civil*, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1967
- Varios, “Software”, *Diccionario de Informática*, Santa Fe: Alegsa, 2012, <http://www.alegsa.com.ar/Dic/software.php>
- Vidal, Miquel, *Cooperación sin mando: una introducción al software libre*, Madrid, Julio 2000
- Vittone, Carlos, “Software, microchips y computadoras en la legislación norteamericana”, *Derechos Intelectuales*, Buenos Aires: Ed. Astrea, 1986
- Wang, Faye, *Internet Jurisdiction and Choice of Law: Legal Practices in EU, US and China*, New York: Cambridge, 2010
- WIPO, *La Concesión de Licencias de Derecho de Autor en el Entorno Digital*, WIPO, http://www.wipo.int/copyright/es/activities/copyright_licensing.html

Plexo Normativo

- CAN, Decisión 351: Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, Gaceta Oficial de la Comunidad Andina N° 145, 21 de diciembre de 1993
- Código Civil, (Argentina), Ley n° 17.711, 22 de abril de 1968
- Código Civil, (Chile), ID norma 172986, 30 de mayo de 2000
- Código Civil, (Colombia), Ley n° 57, 26 de mayo de 1873
- Código Civil, (Ecuador), Registro Oficial Suplemento 46, 24 de junio de 2005

Código Civil, (España), Real Decreto, 24 de julio de 1889

Código de Comercio, (Argentina), Ley n° 2637, 5 de octubre de 1889

Código de Comercio, (Colombia), Decreto 410, Diario Oficial No. 33.339, del 16 de junio de 1971

Código de Comercio, (Chile), ID norma 1974, 23 de noviembre de 1865

Código de Comercio, (Ecuador), Registro Oficial Suplemento 1202, 20 de agosto de 1960

Constitución Política del Ecuador, Registro Oficial #449, 20 octubre de 2008

“Copyright Law of the United States of America and Related Laws Contained in Title 17”,
United States Code

Decisión 486 de la CAN, Registro Oficial #258, 2 de febrero del 2001

Ley de Defensa del Consumidor, (Argentina), Ley n° 24240, 22 de septiembre de 1993

Ley de Defensa del Consumidor, (Chile), Ley n° 19496, 7 de marzo de 1997

Estatuto del Consumidor, (Colombia), Ley n° 1480, 12 de octubre de 2011

Ley de Defensa del Consumidor, (Ecuador), Registro Oficial Suplemento 116, 10 de julio de 2000

Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios, (España), Ley n° 26, Boletín Oficial del Estado 176, 24 de julio de 1984

Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, (Venezuela), Gaceta Oficial 37.930, 4 de mayo de 2004

Ley de Propiedad Intelectual, (Argentina), Ley n° 11723, 23 de septiembre de 1926

Ley de Propiedad Intelectual, (Chile), Ley n° 17336, Diario Oficial N° 27761, 2 de octubre de 1970

Ley de Propiedad Intelectual, (Colombia), Ley n° 23, 28 de enero de 1982

Ley de Propiedad Intelectual, (Ecuador), Registro Oficial Suplemento 426, 28 de diciembre de 2006

Ley de Propiedad Intelectual, (España), Real Decreto Legislativo 1/1996, 12 de abril de 1996

UE, Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, Diario Oficial de las Comunidades Europeas 22.6.2001, 22 de mayo de 2001

UE, Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, Diario Oficial de la Unión Europea 5.5.2009, 23 de abril de 2009

United States Attorneys Manual, Title 9, Criminal Resource Manual

WIPO, Convenio de Berna, París, 24 de julio de 1971

WIPO, Tratado de la OMPI sobre derechos de autor, Ginebra, 20 de diciembre de 1996

Jurisprudencia

“A.V., et al. v. IParadigms, Limited Liability Company”, Civ. Act. No. 07-0293, E.D. Va., March 11, 2008

“Affinity Internet, Inc., d/b/a SkyNetWeb v. Consolidated Credit Counseling Services, Inc.”, No. 4D05-1193, Fla. Dist. Ct. App. 4th Dist., March 1, 2006

“Cairo, Inc. v. CrossMedia Services, Inc.”, No. C04-04825 (JW), N.D. Ca., April 1, 2005

“DeJohn v. The .TV Corporation International, et al.”, 245 F.Supp. 2d 913, C.D. Ill. 2003

“Dewayne Hubbert v. Dell Corp.”, 359 Ill. App. 3d 976, 835 N.E.2d 113, Ill App 5 Dist., August 12, 2005; app. denied, 217 Ill. 2d 601, 844 N.E.2d 965 Ill. 2006

“Klocek v. Gateway, Inc., et al.”, 2000 U.S. Dist. Lexis 9896, 104 F. Supp.3d 1332, D. Kan., June 16, 2000

“M. A. Mortenson Company, Inc. v. Timberline Software Corporation, et al.”, 970 P. 2d 803, 1999 Wash. App. Lexis 185, Wash. Cr. App., Feb. 1, 1999

“Paola Briceño v. Sprint Spectrum, L.P., d/b/a Sprint PCS”, Case No. 3D05-144, Florida Dist. Cr. App., August 31, 2005

“Register.com, Inc. v. Verio, Inc.”, 126 F. Supp. 2d 238, S.D.N.Y., December 12, 2000

“Specht v. Netscape”, No. 01-7860 (L), 2d Cir., October 1, 2002

“Stephanie Hofer, et al. v. The Gap, Inc., Expedia Inc., and Turtle Beach Towers”, Civil Act. No. 05-40170-FDS, D. Mass., September 28, 2007

“Steven J. Caspi, et al. v. The Microsoft Network, L.L.C., et al.”, 1999 WL 462175, 323 N.J. Super. 118, 732 A.2d 528, N.J. App. Div., July 2, 1999