

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DEL CONTRATO DE LICENCIA DE SOFTWARE DE CARA A LAS NORMAS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL.

PROBLEMATIC ASPECTS OF SOFTWARE LICENSE AGREEMENT FACING THE RULES OF INTELLECTUAL PROPERTY.

Juan Camilo Barreneche Palacio¹

Sebastián Díaz Castañeda²

Diego Hernando Yepes Lopera³

RESUMEN:

El contrato de licencia de software como mecanismo para ejecutar actividades comerciales respecto de una creación del intelecto humano, esta regido principalmente por las normas de la propiedad intelectual, que establecen una serie limitaciones y excepciones en el marco de las relaciones entre las partes en el contrato; pero en ocasiones las disposiciones establecidas en los contratos de licencia de software entran a reñir o a generar puntos problemáticos en la medida que se establecen limitantes contractuales a los derechos de los licenciarios de software que no se compadecen de las limitaciones y excepciones legales; esto genera conflictos de interpretación en cuanto a la prevalencia de los derechos de los contratantes, situación que debe ser resuelta a la luz del ordenamiento jurídico; donde la interpretación de las normas debe hacerse con criterios de

¹ Abogado de la Universidad de Medellín, Candidato a Especialista en Derecho Comercial de la Universidad Pontificia Bolivariana, Colombia. Correo electrónico: barreneche.abogado@gmail.com.

² Abogado de la Institución Universitaria de Envigado, Candidato a Especialista en Derecho Comercial de la Universidad Pontificia Bolivariana, Colombia. Correo electrónico: sebastiandiazabogado@gmail.com.

³ Abogado de la Universidad de Medellín, Candidato a Especialista en Derecho Comercial de la Universidad Pontificia Bolivariana, Colombia. Correo electrónico: diegodestiny82@hotmail.com.

proporcionalidad en la medida que se enfrentan derechos de los autores, de los titulares de derechos patrimoniales y de los licenciarios de software.

The software license agreement as a way of running commercial activities made creation of the human intellect, is mainly governed by the rules of intellectual property, which provide a number limitations and exceptions in the context of relations among the parties of the contract, but sometimes the provisions of the license agreements of software come to quarrel or generate problematic points as far as the contractual limitations on the rights of licensees don't sympathize with the limitations and legal exceptions; this creates conflicts of interpretation as to the prevalence of the rights of the parties, a situation that must be resolved within the legal system, where the interpretation of the rules should be based on criteria of proportionality insofar the rights of authors, holders of property rights and software licensees are face each other.

PALABRAS CLAVE:

Contrato, Licencia, Software, Limitaciones, Derechos Morales, Derechos Patrimoniales.

KEYWORDS

Contract, License, Software, Constraints, Moral Rights, Economic Rights.

INTRODUCCIÓN

El contrato de licencia de Software tal vez sea el contrato que más haya propagado su uso en los últimos tiempos; es un contrato que casi todas las personas en un mundo globalizado como el del siglo XXI han suscrito; paradójicamente, siendo un contrato de tanta magnitud desde el punto de vista de

la suscripción, pocas personas se detienen a pensar qué implicaciones tiene suscribir dicho contrato (teniendo en cuenta que incluso su suscripción, en muchos de los casos, se hace a través de un Click en un botón de Acepto), y al respecto es claro que los alcances del contrato mismo no se encuentran sólo las condiciones que se remiten junto con el software que se pretende instalar en un ordenador -que por cierto la gran mayoría de las personas nunca las han leído- sino que sus alcances se ven permeados por el ordenamiento jurídico que, interpretado en conjunto, hace que los acuerdos de voluntades hagan parte de un sistema organizado de disposiciones en las que la ley determina el alcance y contenido de las declaraciones de voluntad de los particulares; así las cosas el contrato ha de interpretarse de acuerdo con el ordenamiento jurídico y ello hace que las cláusulas establecidas en el contrato de licencia tengan como consecuencia legal otras que no necesariamente están definidas en el mismo.

Así las cosas, para entender qué implicaciones y aspectos problemáticos ofrece el contrato de licencia de software como declaración de voluntad en contraposición a las normas legales que regulan la propiedad intelectual en Colombia, debemos establecer un orden para llegar a una conclusión. En primer lugar nos dedicaremos a la abstracción más general de los contratos de licencia de software para ir descendiendo hasta las normas de propiedad intelectual en una especie de estudio propedéutico; seguidamente exploraremos el ordenamiento jurídico colombiano en búsqueda de las normas que rigen la propiedad intelectual y más específicamente las normas aplicables al Contrato de Licencia de Software; finalmente, una vez establecidos los dos extremos de la comparación que pretendemos realizar, extraeremos los elementos problemáticos para determinar las conclusiones a las que dicho análisis nos remite.

I. DEFINICIONES.

Como estudio propedéutico en cuanto a las implicaciones del contrato de licencia de software, debemos establecer las definiciones que nos permitirán encontrar la entidad del objeto de estudio. En el orden de ideas anteriormente descrito buscaremos las definiciones de los elementos conceptuales del contrato de licencia de software de manera independiente, para entender cada uno de forma separada, buscando sus características particulares desde el punto de vista de la teoría del negocio jurídico. Estos conceptos nos permitirán acceder a los análisis comparativos entre el contrato y las normas generales de la propiedad intelectual.

A. SOFTWARE:

El software es la primera definición importante que debemos buscar en nuestro análisis, pues es la materia prima del contrato, es el objeto del negocio jurídico llamado licencia. Así lo ha definido la doctrina:

“Desde la perspectiva legal, el software se entiende como el componente inmaterial que consiste en una serie de instrucciones que especifican el funcionamiento del equipo físico o computador en cualquiera de sus tres niveles. Se construye para procesar datos y para transformar información de una forma a otra, es decir, para aceptar una entrada de información, manipularla de alguna manera y producir una salida de información.” (CALLE D’ALEMAN, 2012).

En Colombia la definición legal del software está dada por la decisión 351 de 1993 de la Comunidad Andina de Naciones, que fue ratificada por el Estado colombiano convirtiéndose así en norma aplicable en nuestro ordenamiento jurídico. La definición legal del software es entonces:

“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" (DECISIÓN ANDINA 351 C.A.N., Artículo 3. (1993).

Finalmente, desde el punto de vista de la definición consideramos el concepto de aquellos que se dedican profesionalmente a la creación de software se hace importante y por ello la relacionamos, así:

"El concepto de software va más allá de los programas de computación en sus distintos estados: código fuente, binario o ejecutable; también su documentación, los datos a procesar e incluso la información de usuario forman parte del software: es decir, abarca todo lo intangible, todo lo «no físico» relacionado". (INSTITUTO DE INGENIEROS ELÉCTRICOS Y ELECTRÓNICOS, 2009).

Pues bien, estas son algunas definiciones importantes para tener claro el concepto que nos fija el punto de partida de nuestra investigación, pues como ya lo habíamos dicho, el software es el elemento determinante en la consecución del objetivo de definir el contrato, sus elementos y aspectos problemáticos. Continuaremos entonces el capítulo de las definiciones con la licencia que es el mecanismo mediante el cual se da tránsito comercial a la creación intelectual llamada software.

B. LICENCIA O LICENCIAMIENTO:

De acuerdo con la definición de la Real Academia de la Lengua Española, la Licencia es una *"Declaración expresa que hace una persona, especialmente con autoridad legal, para permitir que se haga cierta cosa. Documento en que consta una autorización."*

Esta es una definición importante en la medida que la normativa colombiana no establece ninguna respecto de la licencia y en consecuencia su uso debe entenderse en el común del lenguaje; pero no obstante la norma jurídica no lo haya definido, la Dirección Nacional de Derechos de Autor se ha pronunciado definiendo la licencia en los siguientes términos:

“Es la prerrogativa de otorgar autorizaciones para la explotación o utilización por terceros.” (DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHOS DE AUTOR. CONCEPTO, 1-2004-21716 DICIEMBRE 31 (2004). DIVISIÓN LEGAL.)

Hemos buscado una definición del segundo concepto importante a la hora de definir lo que es un contrato de licencia de software, en este caso la licencia como mecanismo para ejercer actividades de comercio con la creación llamada software, aunque la legislación colombiana no ha definido el contrato, ni el concepto de licencia claramente, podemos afirmar que la licencia no es más que la manera en que el titular de un derecho faculta a otro para ejercerlo sin entregarle la titularidad absoluta sobre el mismo, sino facultando su uso.

Procederemos entonces con la definición de contrato en términos generales, para pasar luego a la construcción de un concepto a partir de cada una de las definiciones establecidas en el presente capítulo.

C. CONTRATO:

De acuerdo con el *ARTICULO 1495 del Código Civil*. *“<DEFINICION DE CONTRATO O CONVENCION>. 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 de una o de muchas personas.”*

A partir de la definición legal, la doctrina ha buscado establecer sus propias definiciones y en ese rengón podemos destacar la siguiente:

«Es el concurso real de las voluntades de dos o más personas encaminado a la creación de obligaciones. Esta fuente es, pues, un acto jurídico típico y caracterizado, puesto que sus efectos se producen en razón de la voluntad de los agentes» (OSPINA FERNÁNDEZ, 2008)

Adicional a los tres conceptos fundamentales que hacen parte de la definición de contrato de licencia de software, por tratarse de un tema en el que confluyen conocimientos de distinta índole, existen algunos conceptos importantes a tener en cuenta con el fin de aclarar las condiciones en las cuales se dan las relaciones entre las partes involucradas en el contrato, pues el mismo se ve enmarcado en temas como los derechos morales, patrimoniales, las limitaciones a los derechos del licenciatario. Procederemos entonces a la definición de esos conceptos adicionales que toman importancia en el tema a desarrollar.

D. DERECHOS MORALES:

Son una serie de prerrogativas de las que gozan los creadores de obras intelectuales que otorgan facultades de carácter perpetuo, esto es facultades inalienables que los distinguen como los creadores de una idea y que le permiten ejecutarlas sin limitaciones; dentro de ellos podemos contar la posibilidad que tienen el creador de reivindicar sus derechos en cualquier tiempo, respecto de las transformaciones que se le hayan hecho a la obra tienen la facultad de restringirla, la posibilidad de retirar los ejemplares en circulación, modificar la obra en cualquier tiempo, entre otros. Estos derechos son perpetuos, irrenunciables, inalienables e inembargables y nuestra legislación quiso protegerlos dándole las siguientes ventajas:

“El autor tiene el derecho inalienable, inembargable, imprescriptible e irrenunciable de:

- a) Conservar la obra inédita o divulgarla;
- b) Reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento; y,
- c) Oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor.” (*DECISIÓN ANDINA 351 C.A.N., Artículo 11. (1993).*

Junto con los derechos morales tendremos que abordar el tema de los derechos patrimoniales, pues ellos forman el binomio de aquellos que se desprenden de la creación; así entonces los definimos.

E. DERECHOS PATRIMONIALES:

Los derechos patrimoniales hacen referencia a la misma etimología de la palabra, y son aquellos que necesariamente deben ser valorados en dinero o que son susceptibles de una apreciación pecuniaria; es el derecho patrimonial y no el moral el que es susceptible de cesión, ya que los derechos morales siempre estarán en cabeza del creador de la obra persona natural o jurídica y los derechos patrimoniales en cabeza de cualquier persona, estos derechos se resumen en la posibilidad de explotar económicamente la obra, esto quiere decir que una persona que adquiere los derechos patrimoniales de una obra puede obtener beneficios económicos de la misma sin que haya sido ella la creadora de la obra literaria, artística o científica.

Los derechos patrimoniales serán susceptibles de cederse, gracias a las atribuciones que este mismo le otorga al titular del derecho y puede pasar de persona en persona infinitamente; por el contrario, los derechos morales son intransferibles y siempre gozarán de la facultad de restricción de la obra,

restricción de comunicación pública y restricción de publicación de ejemplares, no importa en cabeza de quien estén los derechos patrimoniales.

El último concepto que analizaremos antes de continuar con el capítulo II, será el de las limitaciones en el contrato de licencia de software, que ofrece un serie de dificultades al momento de establecer su entidad e importancia dentro del contrato; por ello lo abordaremos desde el concepto mas básico con el fin de hacer su comprensión mas sencilla.

F. LIMITACIONES:

Este concepto es de suma importancia en la medida que materializa un hecho fundamental de la licencia, que ella no es absoluta o lo que es lo mismo, que los derechos que adquiere el licenciatario están sometidos a reglas propias del contrato y no sólo a las generales que limitan la autonomía de la voluntad, como lo son el orden público y las buenas costumbres.

Las limitaciones son aquellas condiciones de uso que le establecen al licenciatario qué puede hacer y hasta donde llegan sus posibilidades frente al software que tiene instalado en su ordenador; estas limitaciones son a su vez facultades para el licenciante en el sentido de poder solicitar el reconocimiento de los derechos derivados de la autoría una vez el licenciatario sobrepase los límites establecidos en el contrato. La dificultad en la apreciación de este concepto en la estructura del contrato de licencia de software se evidenciará en el momento en que se pretendan establecer los elementos del contrato y en su momento será explicado.

Así pues quedan introducidos los conceptos fundamentales que permiten iniciar con la comprensión los elementos que componen el contrato de licencia de software de manera independiente, así puede lograrse una abstracción de lo que verdaderamente es el contrato de una manera general.

Una vez definidos los conceptos anteriores, podemos proponer, como conclusión de este primer capítulo, una definición propia de Contrato de Licencia de Software de acuerdo con sus elementos determinantes; ello será útil a la hora de poner el contrato frente a algunas normas de la propiedad intelectual con el fin establecer cuales aspectos ofrecen dificultades conceptuales:

Un contrato de licencia de software es aquel en el que una parte llamada licenciante, creador o desarrollador de software, titular del derecho de explotación, concede a otra llamada licenciario el USO de un programa de ordenador en cualquiera de sus tres niveles (ROM – BOIS, sistema operativo o aplicación) bajo una serie de condiciones o prohibiciones que deben ser aceptadas por el último para poder acceder a sus beneficios.

Pero el contrato no se compone solo de sus cláusulas necesarias ni de las definiciones que permiten entenderlo; así entonces el ordenamiento jurídico ha abordado el tema expidiendo normas imperativas que terminan por permear el contrato generándose así algunos aspectos en los cuales es importante profundizar para concluir si existen contradicciones, posiciones uniformes o aspectos confusos; dado lo anterior buscaremos encontrar dentro del ordenamiento jurídico colombiano aquellas normas aplicables a los contratos de licencia de software como segundo paso hacia un análisis comparativo.

II. INSTITUCIONES RELACIONADAS CON EL CONTRATO DE LICENCIA DE SOFTWARE DESDE LA NORMATIVIDAD DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL.

Una vez realizado el acercamiento a los conceptos básicos que permiten entender a los elementos del contrato de licencia de software, será importante realizar un acercamiento a las instituciones reguladas por la propiedad intelectual para extraer los elementos problemáticos del contrato objeto de estudio. Al respecto diremos

que las normas mas relevantes en esta materia son la Ley 23 de 1982 y la Decisión Andina 351 de 1993, normas éstas que establecen los alcances de los derechos que en materia de propiedad intelectual, asisten a los autores y a los licenciarios en materia de obras literarias y mas específicamente, en materia de software.

La primera situación legal importante a mencionar tiene que ver con la capacidad para ocupar la posición de licenciante en el contrato; pues para ello necesariamente debe ostentarse la titularidad de los derechos patrimoniales sobre la obra.

LOS DERECHOS PATRIMONIALES ORIGINARIOS O DERIVADOS:

Podríamos decir que los derechos patrimoniales respecto de una obra (para este caso, software) están en cabeza de su autor, pero ello no siempre es así, pues en el desarrollo de los negocios respecto de la obra pueden darse muchas variables que modifican esa titularidad del derecho patrimonial, permitiendo a terceros ajenos al autor, explotarlos y percibir los frutos que de ellos se desprenden. Esos derechos explotados pueden considerarse originarios y en consecuencia no ofrecen mayor análisis para efectos del contrato que nos ocupa.

En cuanto a los derechos patrimoniales derivados, existen una serie de eventos en los cuales ese tercero que obtiene el derecho en virtud de un negocio jurídico antecedente que puede ser de distinta índole, al respecto nos referiremos a dos eventos importantes.

En ambos casos el titular de los derechos patrimoniales tiene capacidad jurídica para contratar, su requisito fundamental será la posibilidad de disponer del derecho de acuerdo con las limitantes que se le imponen de acuerdo con los derechos que le asisten a los autores.

A. CESIÓN DE DERECHOS PATRIMONIALES:

Al respecto La Procuraduría General de la Nación y la Unidad Administrativa Especial Dirección Nacional de Derecho Autor, entidad adscrita al Ministerio del Interior y de Justicia, en circular conjunta manifestaron lo siguiente:

“2. El contrato de cesión de derechos patrimoniales es solemne. La cesión es un contrato solemne por medio del cual el autor, o de ser el caso el titular de una obra, denominado cedente, transmite total o parcialmente sus derechos a otra persona, denominada cesionario, a cambio de una remuneración o sin ella. Este contrato, regulado por el artículo 182 y siguientes de la Ley 23 de 1982, tiene como característica principal que el cedente se desprende de sus derechos patrimoniales, convirtiendo al cesionario, por virtud de la transferencia en el titular derivado.

De acuerdo con el artículo 183 de la Ley 23 de 1982, toda enajenación y transferencia del derecho de autor, sea ésta total o parcial, deberá constar en escritura pública o en instrumento privado reconocido ante notario, de lo anterior se desprende que la cesión es solemne y sólo se perfecciona con el cumplimiento de este requisito.

Estos contratos que implican enajenación total o parcial, y que constan en escritura pública o documento privado, deben ser inscritos en el Registro Nacional de Derecho de Autor, a efectos de ser oponibles frente a terceros. Al transferirse el derecho de autor mediante la cesión, el cesionario se acredita como titular del derecho, entendiéndose facultado para actuar en nombre propio, incluso en lo que respecta a entablar acciones judiciales contra los infractores. En el caso de que la cesión sea parcial, los autores conservarán las prerrogativas patrimoniales que no

han transferido expresamente.” (DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHO DE AUTOR, 2011)

Es en este evento donde se observa que el autor cede sus derechos a favor de un tercero que será el nuevo titular de los derechos patrimoniales; esta adquisición lo facultará para ser licenciante en un eventual contrato de licencia y le posibilitará explotar económicamente el software.

B. CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y CONTRATO LABORAL.

En un segundo evento el autor crea la obra (software) en virtud de un contrato antecedente de prestación de servicios o laboral, de acuerdo con las disposiciones de la ley 1450 del 2011, que en su artículo 28 establece:

El artículo 20 de la Ley 23 de 1982 quedará así: “Artículo 20. En las obras creadas para una persona natural o jurídica en cumplimiento de un contrato de prestación de servicios o de un contrato de trabajo, el autor es el titular originario de los derechos patrimoniales y morales; pero se presume, salvo pacto en contrario, que los derechos patrimoniales sobre la obra han sido transferidos al encargante o al empleador, según sea el caso, en la medida necesaria para el ejercicio de sus actividades habituales en la época de creación de la obra. Para que opere esta presunción se requiere que el contrato conste por escrito. El titular de las obras de acuerdo a este artículo podrá intentar directamente o por intermedia persona acciones preservativas contra actos violatorios de los derechos morales informando previamente al autor o autores para evitar duplicidad de acciones”.

Lo genera una circunstancia totalmente nueva para ambas partes, en la medida que la adquisición de derechos patrimoniales se presume frente a las creaciones de los empleados y prestadores de servicios respecto de sus empleadores o contratantes, por lo tanto, aunque el autor puede mantener sus derechos morales,

debe tenerse de presente que los derechos patrimoniales, salvo pacto en contrario, pertenecerán al encargado (contratante o empleador). Al respecto la Dirección Nacional de Derechos de Autor se ha pronunciado de la siguiente manera:

“3. El contrato de obra por encargo requiere cumplir con las formalidades del artículo 20 de la Ley 23 de 1982

El artículo 20 de la Ley 23 de 1982, regula el tema de la obra por encargo de la siguiente forma: “Cuando uno o varios autores, mediante contrato de servicios, elaboren una obra según plan señalado por persona natural o jurídica y por cuenta y riesgo de ésta, solo percibirán, en la ejecución de ese plan, los honorarios pactados en el respectivo contrato. Por este solo acto, se entiende que el autor o autores transfieren los derechos sobre la obra, pero conservarán las prerrogativas consagradas en el artículo 30 de la presente Ley, en sus literales a) y b).

Por tanto, para que opere la presunción establecida en la citada disposición, es preciso que se den los siguientes supuestos:

- Que exista un contrato de prestación de servicios entre el autor y quien encarga la obra, pactándose los respectivos honorarios.*

Se entiende pertinente la anterior aclaración por cuanto la figura contractual de prestación de servicios resulta regulada en el artículo 20 de la Ley 23 de 1982, siempre que por su conducto es posible presumir la transferencia de derechos patrimoniales de autor. De tal manera, la citada presunción se predica de forma limitada respecto de los contratos de prestación de servicios, descartando de plano la posibilidad de hacer efectivo su contenido cuando se trate de contratos de trabajo.

- *Que la obra se elabore por cuenta y riesgo de quien la encarga, es decir, quien contrata la realización de la obra asume los costos y suministra los elementos necesarios para desarrollar la creación.*
- *Que la obra se realice según el plan señalado por quien la encarga determinando previamente las condiciones de necesidad, características y atributos de la obra, y estableciendo los lineamientos de tiempo, modo y lugar en que se desarrollará la elaboración de la misma.*

Si se dan los supuestos que constituyen la obra por encargo, “por ese sólo hecho” se presume que los derechos patrimoniales están en cabeza de quien encarga su elaboración. Así las cosas, al ser el artículo en comento una norma especial, se aplica de manera preferente respecto de cualquier otra norma de carácter general, en esa medida, el contrato de prestación de servicios por medio del cual se encarga la elaboración de una obra, no necesita cumplir con las formalidades establecidas en el artículo 183 de la Ley 23 de 1982.

Sin embargo, no podemos pasar por alto que en el caso de la obra por encargo, estamos frente a una presunción iuris tantum, y en consecuencia siempre que el autor disponga contractualmente con quien encarga la obra que algunos o la totalidad de sus derechos seguirían como parte de su acervo patrimonial, los efectos de la citada presunción no surgen a la vida jurídica.” (DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHO DE AUTOR, 2011)

De consuno con lo anterior, podemos afirmar que los derechos patrimoniales que le asisten a su titular, quien tiene la capacidad de convenir negocios mediante contratos de licencia de software, se ven limitados permanentemente por la entidad legal que se le ha dado a los derechos morales que están en cabeza del autor; lo anterior en la medida que tales derechos son de carácter perpetuo, inalienable e irrenunciable. En este sentido podrían darse dos interpretaciones en cuanto a la capacidad negocial del titular de los derechos patrimoniales, pues la modificación es una facultad del titular de los derechos patrimoniales a lo cual el

autor no puede oponerse; pero también, desde la perspectiva de los autores, la capacidad para contratar no es absoluta toda vez que el autor siempre podrá oponerse a alguna modificación e incluso retirar la obra de circulación, lo que evidentemente puede afectar al titular de derechos patrimoniales derivados en el cumplimiento de los contratos de licencia de software que pudiera celebrar.

Desde el punto de vista legal, estos son los derechos que le asisten al autor sobre su obra:

Artículo 30º.- El autor tendrá sobre su obra un derecho perpetuo, inalienable, e irrenunciable para:

A. Reivindicar en todo tiempo la paternidad de su obra y, en especial, para que se indique su nombre o seudónimo cuando se realice cualquiera de los actos mencionados en el artículo 12 de esta Ley.

B. A oponerse a toda deformación, mutilación u otra modificación de la obra, cuando tales actos puedan causar o acusen perjuicio a su honor o a su reputación, o la obra se demerite, y a pedir reparación por esto;

C. A Conservar su obra inédita o anónima hasta su fallecimiento, o después de él cuando así lo ordenase por disposición testamentaria;

D. A modificarla, antes o después de su publicación;

E. A retirarla de la circulación o suspender cualquier forma de utilización aunque ella hubiere sido previamente autorizada. (Colombia, Ley 23 de 1982)

En este aspecto tendremos que decir que los derechos que se negocian en el contrato de licencia de software parten necesariamente de la titularidad de los derechos patrimoniales, pero ellos tienen su origen en una creación de la cual el autor es titular de unos derechos de mayor entidad; pero al respecto será importante establecer que de acuerdo con las normas de la propiedad intelectual estos derechos morales perderán vigor frente a la posibilidad legal que se le

otorga al titular de derechos patrimoniales para modificar la obra. Así las cosas debemos decir que aunque se pretenda limitar la capacidad negocial por parte de los autores, dicha posibilidad es remota en la medida que el titular de los derechos patrimoniales derivados tiene las herramientas legales para efectuar las actividades que considere necesarias para la comercialización del software.

En un segundo análisis sobre las instituciones legales importantes en relación con el contrato de licencia de software, encontramos que existen dos conceptos fundamentales que son el binomio Limitaciones y Excepciones y los Límites, en el entendido que el primer concepto tiene una entidad legal por definición, mientras que los segundos tienen más una concepción de carácter contractual; los anteriores conceptos entendidos como instituciones que le permiten a los autores y cesionarios hacer usos de las obras de acuerdo con unas posibilidades que la misma ley les establece y que instituyen las reglas con las cuales ambos sujetos ejercerán los derechos contractuales que surjan de la licencia de software.

Al respecto que la Ley 23 de 1982 establece algunas de las limitaciones y excepciones a los derechos de autor, dichas normas se concretan en los artículos 37 y siguientes, así pues se establece la posibilidad de reproducir una obra siempre que ello se haga en un solo ejemplar y para uso privado, así mismo el artículo 44 de la norma en cita faculta la utilización libre de las obras en el domicilio privado, situaciones éstas que se constituyen en verdaderas excepciones a favor del licenciataria de software con las cuales puede soportar los usos que da al software.

De la misma manera, la decisión Andina 351 de la CAN establece que la modificación de los programas de ordenador requiere la autorización de su autor, pero a su vez establece la posibilidad de copiar y/o adaptar un programa siempre que se cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 24, esto es cuando *Sea indispensable para la utilización del programa; o sea con fines de archivo, es*

decir, destinada exclusivamente a sustituir la copia legítimamente adquirida, cuando ésta ya no pueda utilizarse por daño o pérdida.

Con el fin de no transcribir los artículos 21 y siguientes de la Decisión 351, afirmaremos que su espíritu no es restrictivo de los derechos del licenciataria, pero tampoco pretende desconocer los derechos de los autores; el espíritu de la norma busca mas bien un equilibrio, concepto que en ocasiones no se encuentra en los contratos de licencia de software en la medida que su contenido clausular no se compadece de las limitaciones y excepciones establecidas en la legislación, situación frente a la cual es difícil generar un debate en la medida que estos contratos son generalmente de adhesión; es por ello que en el capítulo siguiente buscaremos hacer evidente esa contradicción entre el ideal normativo y las cláusulas que habitualmente se plasman en este tipo de contratos desde el punto de vista de las limitaciones y excepciones contractuales y legales.

III. ELEMENTOS TEÓRICOS DEL CONTRATO DE LICENCIA DE SOFTWARE VS. NORMATIVIDAD DE PROPIEDAD INTELECTUAL: CONCLUSIONES.

Las conclusiones o aspectos relevantes encontrados en el transcurso de este trabajo se concretan en la posibilidad encontrar esos aspectos problemáticos al momento de comparar el contrato de licencia de software frente a las normas de la propiedad intelectual; al respecto podemos afirmar que el elemento que mas diferencias ofrece es el tema de las limitaciones en relación con los límites contractuales, y a ella nos referiremos.

LAS DIFICULTADES EN CUANTO A LOS LÍMITES CONTRACTUALES.

Los límites al uso de las obras software establecidas en el contrato de licencia de software son una construcción de la voluntad de los partícipes en dicho acuerdo

de voluntades, que consiste principalmente en que la posibilidad de que el autor o el cesionario de los derechos de explotación, en el momento de la celebración de los contratos establezca las prohibiciones relativas al licenciatario en razón al tipo de software que se contrata, pues las cláusulas contentivas de límites no son estandarizadas como las normas legales, lo anterior en la medida que en el contrato se establecen no se establecen los límites de manera caprichosa sino como una medida de protección de la obra misma y de los derechos del titular de la explotación; ello lo hace con el único fin de proteger su creación y la posibilidad de obtener de ella el beneficio económico que le puede reportar. Así las cosas cada titular de derechos originarios o derivados podrá limitar la manera en que el licenciatario use o disponga de aquella obra sobre la cual se pactó la licencia, aún habiendo pagado por ella.

En términos generales, luego de una revisión de diferentes contratos de licencia, los límites más comunes son los siguientes:

- *Instalar el software en un ordenador de una marca específica.*
- *No se permite insertar tipografías diferentes a las preestablecidas en el sistema operativo.*
- *Utilizar voces del sistema operativo o modificarlas.*
- *Únicamente puede conectarse un dispositivo en forma remota a la información contenida en el ordenador.*
- *Prohibición de ingresar al sistema operativo a través de una red que permita utilizarlo por varias personas al mismo tiempo.*
- *Copiar el software.*
- *Prohibición de ingeniería inversa. “Usted no podrá —y se compromete a no hacerlo ni a permitirselo a otras personas — copiar (salvo en los casos expresamente permitidos en esta Licencia o en las Normas de uso si son aplicables a su caso), descompilar, invertir, desensamblar, intentar obtener el código fuente, descifrar, modificar o crear productos derivados del*

Software o de cualquier servicio proporcionado por el Software o por cualquiera de sus componentes (excepto en la medida en la que la legislación aplicable prohíba cualquiera de las restricciones anteriores o en la medida en la que lo permitan las condiciones de licencia de Componentes de código abierto que podrían incluirse con el Software).”
(APPLE INC., 2013)

- *No es posible reclamar porque el software no se ajuste a sus necesidades o expectativas.*
- *Prestar el software.*

La redacción de los limitantes en los contratos de licencia de software se da sin hacer salvedad respecto de las excepciones que la norma jurídica concede a los licenciarios de software respecto de los usos que pueden dar a los mismos; lo que a todas luces genera situaciones de confusión y contradicción entre las normas convencionales y las legales. Lo anterior se hace evidente en la medida que un licenciario de software se encontrará ante un contrato que le prohíbe copiar el software mientras que la norma le indica que puede hacerlo de acuerdo con unos usos preestablecidos en ella y termina por desconocer las normas sobre usos honrados que se le permiten a los licenciarios de las obras; y aquí la pregunta obligada será ¿qué hacer?.

Retomando lo dicho en el capítulo anterior, debemos afirmar de manera contundente que las normas legales le permiten a los adquirentes de licencias de software realizar acciones tales como: copiar el software, de hacer modificaciones para uso personal, prestar el software cuando no se trate de actividades con ánimo lucrativo entre otras. Por el contrario los límites establecidos en los contratos, basados en los derechos que cobijan a los creadores o titulares de derechos derivados de explotación, prohíben de manera tajante la copia, modificación, deformación, reproducción para fines educativos y demás acciones catalogadas dentro del marco de la ingeniería inversa.

Así entonces queda planteada una situación problemática del contrato: la contraposición entre las normas contractuales (relacionados específicamente en los límites impuestos por el titular de derechos de explotación) y legales (dentro de las que encontramos limitaciones y excepciones relacionadas con los derechos patrimoniales), aspecto sobre el cual debemos tomar una posición en búsqueda de resolver la diferencia presentada entre unos y otros.

En nuestro análisis será importante mencionar que los derechos morales no han de ser determinantes a la hora de la contraposición de derechos entre las partes involucradas en el contrato; más bien diremos que lo que efectivamente se contraponen son los derechos patrimoniales establecidos en la ley con las limitaciones y excepciones legales. Lo anterior repercute directamente en la manera en que se redactan los límites contractuales al uso de la obra.

En la evidente contraposición mencionada anteriormente, debe buscarse la prelación de los derechos de una de las partes de acuerdo con el ordenamiento jurídico (claro está es solo una interpretación), pues en el evento de un conflicto en el desarrollo de un contrato debe tener una solución en el eventual conflicto. En razón de lo anterior pensamos que a diferencia de lo establecido en las normas sobre propiedad intelectual, que buscan la protección del autor a través de figuras como el *indubio pro autore* ha de entenderse el ordenamiento jurídico como fuente de equilibrio entre las partes en un contrato y es por ello que afirmamos que en las relaciones contractuales no debe tenerse al autor como la parte a proteger pues en la actualidad, por lo menos en lo relacionado con el contrato de licencia de software, el productor del software no es la parte más débil en la relación; por el contrario es la parte fuerte, quien determina los términos en los cuales el adquirente del software se obliga y decide sobre los límites contractuales aún desconociendo normas sobre propiedad intelectual, más específicamente en lo relativo a limitaciones y excepciones.

Poniendo en una balanza y buscando una interpretación teleológica de las normas sobre propiedad intelectual diremos que en la contraposición de derechos entre licenciante y licenciataria, y manteniendo la posición que venimos sosteniendo, deberá prevalecer el derecho del segundo a ejercitar las excepciones legales aún en contra de las disposiciones contractuales y legales que prohíben hacer uso de las mismas. Esta afirmación se soporta en los siguientes argumentos:

1. Las cláusulas contenidas en los contratos de licencia de software que limitan el ejercicio de un derecho por parte del licenciataria, cuando los derechos de este último vienen dados por una norma legal son, ineficaces de pleno derecho y en consecuencia se tendrán por no escritas. Lo anterior viene de la interpretación armónica del ordenamiento jurídico, y si tenemos en cuenta la escala de validez normativa, las normas contractuales siempre están sometidas a la ley; todas las disposiciones que hacen parte del ordenamiento jurídico deben compaginarse de las normas que le son superiores. En este sentido es dable afirmar que el ejercicio de las prerrogativas legales que permiten realizar ciertos actos que en los contratos se consideran violatorios de limitaciones contractuales, son ejecutables aun en contra de las referidas cláusulas.
2. Desde el punto de vista teleológico, es importante decir que las normas de protección a los derechos de los autores (morales y patrimoniales) buscan salvaguardar su creación y mantenerlo en una posición de ventaja respecto del uso de la misma, pero la limitación excesiva de los derechos del licenciataria desde su estipulación contractual va en contra de los usos honrados que desde los principios contractuales de la licencia de software, impiden que el adquirente de la licencia pueda obtener del mismo el mayor provecho para sí mismo sin buscar necesariamente su provecho económico. Lo anterior se evidencia en la medida que las excepciones establecidas en la legislación aplicable, por lo menos en Colombia, le permiten al licenciataria salvaguardar su derecho a usar el software, sin

pretender en ningún momento desconocer que el autor o creador de la obra puede ejercer sus derechos en cualquier momento.

3. La prohibición respecto de la modificación de la obra y en general la prohibición de realizar ingeniería inversa, no se compadece de la posibilidad que la ley le otorga a un licenciataria de optimizar el software para sí mismo, pues para hacerlo necesariamente deberá descomponer alguno de sus elementos; lo propio ocurre con las prohibición de copiar el software pues ella está permitida para efectos del uso personal; la anterior afirmación redundante en la tesis de que el sistema legal que regula la materia no es contradictorio, lo que se contradice es más bien la manera en que se definen las limitaciones en los contratos de licencia, pues los usos permitidos por la ley a los adquirentes de licencias de software están claramente definidos y no buscan menoscabar los derechos morales de los autores.
4. Finalmente diremos que el equilibrio entre las partes en el contrato no deviene necesariamente de la protección excesiva del autor, pues como lo dijimos anteriormente, el paradigma en el contrato de licencia de software ha cambiado en la medida que el autor se ha convertido en una parte que impone su voluntad desde contratos de adhesión que se aceptan incluso con un clic en una ventana de ordenador. Mantener esa protección como parte débil en el contrato sería desconocer una realidad manifiesta, en la que las grandes productoras de software dominan las relaciones contractuales incluso desde la redacción y aplicación del contrato.

A manera de conclusión final afirmamos que aunque el sistema normativo parece no ofrecer contradicciones en sus disposiciones, a la hora de aplicar las normas respecto de las situaciones particulares que los contratos de licencia de software ofrecen; se generan situaciones problemáticas que pueden poner en orillas opuestas los derechos que le asisten a los autores, a los titulares de derechos patrimoniales derivados y a los licenciarios en cuanto a la interpretación de las

normas legales y contractuales que implican una limitación, una excepción o un límite contractual. La solución que más se acerca a lo que consideramos se basa en la modificación de las limitaciones contractuales que deben dejar de ser entendidas en forma absoluta y deben interpretarse más bien de manera sistemática para evitar conflictos en los que las partes terminan por aplicar las normas que les son favorables desconociendo que las normas legales priman sobre las convencionales y que cuando dos normas jurídicas ofrecen visiones diferentes deben ser aplicadas de acuerdo con criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

Bibliografía

CALLE D'ALEMAN, S. B. (2012). *PROTECCIÓN JURÍDICA DEL SOFTWARE*. Bogotá, Colombia: Ibañez.

Colombia, (Ley 23 de 1982)

(DECISIÓN ANDINA 351 C.A.N., Artículo 3. (1993).

(Dirección Nacional de Derechos de Autor. Concepto, 1-2004-21716 Diciembre 31 (2004). División Legal.)

INSTITUTO DE INGENIEROS ELÉCTRICOS Y ELECTRÓNICOS. (2009). *Estandar 729*. IEEE, EEUU.

OSPINA FERNÁNDEZ, G. (2008). *RÉGIMEN GENERAL DE LAS OBLIGACIONES* (Vol. 8). (E. Ospina Acosta, Ed.) Bogotá, Colombia: TEMIS.

DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHO DE AUTOR. (2011). *CIRCULAR CONJUNTA 06*. Circular, DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHOS DE AUTOR Y PROCURADIRÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Bogotá.

APPLE INC. (20 de 10 de 2013). *Apple Inc*. Recuperado el 21 de 11 de 2013, de Sitio Web de Apple: <http://www.apple.com/legal/sla/docs/OSX109.pdf>