

Algunos aspectos civiles de la Contratación Electrónica en materia de Licencia de Software.

MIGUEL GÓMEZ PERALS

Catedrático de Derecho. Universidad de La Laguna

a) Precisión terminológica.

Antes de entrar en el objeto de nuestro estudio debemos aclarar que la expresión "contratos informáticos" encierra realidades esencialmente diferentes¹. Por un lado, se refiere a aquellos contratos cuyas prestaciones, o al menos una de ellas (la contraprestación podría tener otro carácter, generalmente pecuniario), es de naturaleza informática, es decir, consiste en un bien (cosa) o servicio informático².

Por otra parte, dicha expresión incluye los supuestos de formación de contratos a través de medios informáticos. Se trata de que aspectos de estos contratos como los tratos preliminares, la oferta, la aceptación y perfección

▪ ¹ GETE-ALONSO Y CALERA, "La contratación en materia informática", *La Ley*, 1992, pp. 1037 ss.

▪ ² DAVARA RODRIGUEZ, *Derecho informático*. Aranzadi. Pamplona, 1997, p. 191.

(la aceptación hecha por carta a que se refiere el artículo 1262 Cc queda ciertamente anticuada) e incluso su ejecución (especialmente el pago), sean realizadas por medio de servicios telemáticos interactivos, como ocurre en el mercado informático de adquisición de valores, o en la transferencia electrónica de fondos para pago de obligaciones³.

Por último, es posible una categoría mixta, combinando las dos anteriores: los contratos informáticos por medios electrónicos. Tal sería el caso cuando el *software*, como producto informático por excelencia, es transmitido electrónicamente. Sin embargo, la otra categoría de productos informáticos, el *hardware*, posible objeto también de estos contratos electrónicos, no es susceptible de entrega por vías telemáticas por su mayor componente de corporeidad física en relación al *software*. Es decir, cabe la perfección electrónica de los contratos relativos al *hardware* pero no la ejecución por dicha vía, al menos en el aspecto de transmisión de la posesión material. Y junto a los contratos que tienen por objeto la cesión de *software*, incluso con mayor razón, los contratos relativos a servicios informáticos (v.g., de base de datos, mantenimiento), en los que hay existe un híbrido entre un bien inmaterial (la información o datos sobre una determinada materia) y una prestación de transmisión electrónica, pueden concluirse pero también consumarse por vía electrónica.

Una vez aclarado la cuestión terminológica, procedamos a examinar brevemente algunos aspectos de Derecho civil que presenta la contratación electrónica de las licencias de uso de los programas de ordenador o, genéricamente, del *software*.

b) Perfección contractual.

La formación contractual comprende el conjunto de hechos y actos jurídicos, simultáneos o sucesivos, ordenados a la manifestación del

▪ ³ BARRIUSO RUIZ, *La contratación electrónica*, Ed. Dyckinson, 1998, pp 90 y ss. A nuestro juicio podría especularse sobre la sucesión cronológica entre la aparición de los contratos informáticos en una y otra acepción: primero los informáticos por el objeto, después los que lo son por la vía de celebración.

consentimiento⁴, medio por cuya virtud el contrato se perfecciona, según el art. 1262 Cc, con el concurso de oferta y aceptación⁵.

Oferta es la declaración de voluntad dirigida a un sujeto particular o al público en general por la que se propone la realización de un determinado contrato, debiendo ser completa, definitiva y con seria intención de vincularse. Según DIEZ-PICAZO se combinan aspectos subjetivos⁶ y objetivos⁷, constatándose además en la práctica comercial moderna que el término oferta se ha trivializado⁸. Así, en materia del *software*, la mayor o

▪ ⁴ LALAGUNA DOMINGUEZ, "Sobre la perfección de los contratos en el Código Civil", *La Ley* (1989-2), pp. 1145-7, mantiene que las manifestaciones de voluntad de las partes relativas a la oferta y aceptación han de realizarse por medios idóneos que permitan su conocimiento, dado su valor interdependiente (sin que tengan sentido aislado, sino con carácter recepticio) y concordante o correlativo.

▪ ⁵ Es preciso que nos representemos el *iter* contractual cualquiera que sea la vía por la que se comercialice el *software* a través de las *shrink wrapped software license*, ya sea mediante *computer store or by mail order* (en establecimiento comercial o por correo), o más recientemente por vía telemática.

▪ ⁶ Así, la capacidad y voluntad libre del oferente y la posible concurrencia del fenómeno de la representación legal o voluntaria.

▪ ⁷ DIEZ PICAZO, "La formación del contrato", en *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo 1995, t XLVIII, fasc. I, pp. 5 y 6, piensa que según las personas destinatarias de estas declaraciones y el modo en que a ellas se dirigen, el género "propuestas de contrato" se divide en dos especies distintas: genuinas ofertas por un lado y, por otro, invitaciones a hacer ofertas (interrogaciones sobre posibles intenciones, solicitudes de información o en sentido estricto, invitaciones). No son ofertas las propuestas que se hagan con reservas o salvo confirmación, ni tampoco las respuestas a solicitudes de información o cuando las partes establecen que el contrato sólo quedará formado cuando ambas partes suscriban un documento público o privado. La Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, de 11 de abril de 1980, no exige forma especial para la perfección contractual pero puede establecerse; según su art. 14.2 CV: "Toda propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas será considerada como una simple invitación a hacer ofertas, a menos que la persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario". Todas estas circunstancias deben ser examinadas en los formularios de licencias para determinar la existencia de una auténtica oferta.

▪ ⁸ A ello ha contribuido la aparición de técnicas de *marketing* como el *mailing* -ahora también a través de correo electrónico- consistente en la emisión de material publicitario de

menor amplitud del círculo de destinatarios varía correlativamente al tipo de *software* (desde los creados a medida hasta el estándar) y del tipo de comercialización (habitualmente más impersonal en el *freeware* que en la distribución retribuida en que el pagador suele identificarse).

En cuanto al contenido de la oferta, es imprescindible la determinación suficiente de los elementos esenciales del contrato, pero ello no impide que el oferente pueda incluir en su propuesta referencias al tiempo de la entrega, plazo para el pago del precio, garantías y documentación necesaria, responsabilidades por incumplimiento o cualquier otro extremo del contrato que desee; aspectos todos ellos frecuentes en los clausulados de licencias de *software*, constituyendo el contenido concreto de la oferta para ese caso, por lo que a todos ellos deberá extenderse la aceptación⁹. También ha de distinguirse entre determinación expresa de mercaderías, cantidad y precio (cuantía y especie monetaria) y determinación tácita de estos elementos¹⁰.

Por otra parte, la aceptación supone la declaración o acto del destinatario de una oferta, en que manifiesta su conformidad con esta oferta y su intención de obligarse. No constituyen aceptación en sentido técnico las declaraciones del destinatario que no incorporen la voluntad contractual, aun cuando en ellas no haya rechazo de la oferta¹¹, pero es comúnmente admitida

todo tipo de productos informáticos, incluso de ocasión, cuyos destinatarios, nominativamente determinados a través de cartas personalizadas, son conscientes de no ser únicos.

▪ ⁹ El art. 40 de la reciente Ley 7/1996, de 15 de enero de Ordenación del Comercio Minorista establece los extremos que ha de contener la oferta en las ventas a distancia: identidad del proveedor, características especiales del producto, precio y forma de pago, modalidades de entrega o ejecución y plazo de validez de la oferta. La omisión de una o varias de estas circunstancias no supone falta de perfección del contrato (para lo cual siguen bastando los elementos esenciales previstos en el art. 1261 Cc) sino la consideración de infracción y la imposición de la correspondiente sanción (Tít. IV de la citada Ley 7/96).

▪ ¹⁰ Respecto de los precios implícitos no se plantea problema si el comprador acepta el precio de catálogo o los precios practicados por el vendedor (con el expediente de su reducción cuando resulte notoriamente abusivo).

▪ ¹¹ Así, el mero acuse de recibo, la expresión del interés que la oferta puede haber despertado en el destinatario, o cualquier comunicación que mantenga abierto el período de

la aceptación por actos concluyentes¹² como los preparatorios de la ejecución –aun parcial– de la prestación, especialmente cuando la oferta prevea expresamente dicha forma de aceptación tácita, existan anteriores prácticas entre las partes en dicho sentido o así resulte de los usos del tráfico en la materia de que se trate, supuestos estos frecuentes en la práctica respecto del *software*.

Específicamente en materia de *software* los tribunales anglosajones mantienen que la ruptura de la cubierta (*tearing*) supone una manifestación de aceptación (de una previa oferta) y que el usuario, actuando en su propio interés, debería examinar y leer el exterior del *packet*¹³, quedando vinculado si dicho texto resulta claro, dada la habitualidad del *tearing* como específico modo de aceptación. Es el vendedor, autor de su oferta, el que puede proponer limitaciones al tipo de conducta que pretende que constituya aceptación; y un comprador puede aceptar cumpliendo los actos que el vendedor propone como aceptación, en nuestro caso, v. g., el uso del *software*, después de haber

negociación. Todas ellas son manifestaciones no sólo posibles sino frecuentes en el ámbito del *software*.

▪ ¹² En este sentido, SANTOS BRIZ, “La fuerza vinculante del contrato. Especial consideración en los contratos fácticos. Derecho Español y de la Comunidad Europea.”, *R.D.P.*, junio-agosto 1993, pp. 653-656, resalta en el tráfico moderno de Derecho privado la importancia de una triple vía de manifestación del consentimiento contractual: a) las llamadas “relaciones contractuales fácticas” en que la conducta del contratante exterioriza su aceptación, según resulta de los principios de buena fe (no contradicción con los propios actos) y no enriquecimiento injusto; b) las condiciones generales negociales; y c) las abstenciones o el silencio de uno de los contratantes frente a la oferta o contraoferta del otro. Referencia al silencio hace la ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista, cuando en el art. 41.1 establece que en ningún caso la falta de respuesta a la oferta de venta a distancia podrá considerarse como aceptación de aquélla. Coherente con ello, BERCOVITZ, “Ventas a distancia”, en *Comentarios...*, *op. cit.* p. 704, considera que la aceptación puede revestir cualquier forma (no es solemne) pero ha de ser expresa: no cabe la aceptación tácita por muy concluyentes o inequívocos que pudieran parecer determinados actos (ni siquiera el pago del producto recibido, que se asimila al pago de lo indebido) salvo quizá el supuesto de las suscripción o suministros continuados –no de la primera entrega– con base en el funcionamiento fluido del mercado, que podría plantearse en materia de *software* respecto, v.g., de las actualizaciones sucesivas de un programa.

▪ ¹³ Los términos anglosajones *package* y *packet* pueden asimilarse a nuestros efectos, equivaliendo a paquete o producto envasado o precintado, considerado en la globalidad de sus componentes.

tenido la oportunidad de leer la licencia. En ocasiones el usuario no tiene más remedio que “tropezarse” con el texto de dicha licencia porque aparece reflejado en la pantalla del monitor y no permite continuar el proceso de instalación sin indicar la aceptación a dicho texto¹⁴.

La aceptación ha de ser tempestiva, es decir, producirse durante la vigencia de la oferta: como dice del art. 18.2 inciso final de la Convención de Viena “dentro del plazo fijado, o si no se ha fijado plazo, dentro de un plazo razonable, habida cuenta de las circunstancias de la transacción y, en particular, de la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente”. El oferente no ha de esperar indefinidamente la aceptación pero tampoco puede exigir una respuesta abusivamente temprana.

Examinadas la oferta y la aceptación como declaraciones aisladas conviene determinar el momento de perfección del contrato¹⁵. La exigencia - presente en algunos formularios de licencias- de remitir una carta de aceptación al proveedor demuestra que se trata contratos entre personas ausentes o distantes, sin comunicación simultánea entre ellas. El habitual alejamiento geográfico entre los contratantes dificulta (si no impide) materialmente el conocimiento recíproco del instante en que las declaraciones de voluntad se unen (separación temporal), con el consiguiente peligro de que el proceso de formación contractual quede interrumpido por la incidencia de determinados hechos o actos jurídicos (tales como la revocación de la oferta o de la aceptación). Pero tales problemas no concurren en la contratación telemática en que la aceptación puede hacerse previamente o una vez que hemos cargado los ficheros y nos disponemos a instalarlos en nuestro ordenador. En ese momento, suele interrumpirse la

▪ ¹⁴ Solía ocurrir que el curso normal de la adquisición de un *software package* no incluía una lectura detenida de la letrilla impresa, sino que se limita al pago -como si de otro producto cualquiera se tratara- y apertura en casa con mayor o menor impaciencia para su instalación en el sistema informático. En el contexto de este comportamiento, el adquirente no espera quedar vinculado por ningún otro contrato: él probablemente ignora dicho texto o a lo mejor hace un reserva mental de leerlo después.

▪ ¹⁵ Momento de perfección que ha de entenderse único para oferente y aceptante en aras del principio de igualdad de las partes (art. 1256 Cc): de ahí el problema de que sea el concurso de ambas declaraciones el criterio para determinarlo.

secuencia y aparecer en el monitor el texto de las condiciones legales de la licencia de uso. La fecha y hora de la contratación queda fijada en el momento en que nos registramos como usuarios.

Parece que de entre los diversos criterios de determinación del momento de perfección contractual, la doctrina mayoritaria considera que nuestro Código Civil recoge el de la cognición con cierta retroacción en favor del de recepción¹⁶, ya que al no tratarse de una regla imperativa las partes pueden pactar desviarse de ella, lo que sería de indudable utilidad a los efectos de justificar doctrinalmente la admisión de los medios electrónicos¹⁷. Así es frecuente encontrar estipulaciones respecto la perfección del contrato entre personas distantes por la sola declaración del aceptante sucesiva a la oferta aunque la aceptación no sea conocida por el oferente, es decir, incluyendo los supuestos en que dicha aceptación se emite o expide por el destinatario de la oferta (criterio de la emisión). Cabe en este punto plantearse si la llamada “carta de aceptación” (*acknowledgment card*) que se conviene a veces que el usuario remita al proveedor una vez recibido y aceptado el *software* cedido, constituiría requisito esencial para la perfección o sólo necesario para la estricta efectividad de derechos y deberes correspondientes. Correlativamente, en esos casos, se establece que al cabo un determinado período (v.g., 20 días) a partir del día en que se realizó el pedido del cliente, el proveedor enviará una confirmación de licencia que sirve de prueba de *compra de las licencias* adquiridas.

Por otro lado, el lugar en que se estima producida la celebración de los contratos es normalmente el lugar en que se realizan una u otra declaración porque el conocimiento de la aceptación por el oferente normalmente ocurre en el lugar en que se hizo la oferta. Si ambos lugares, el

▪ ¹⁶ En realidad se equipara el conocimiento potencial al efectivo para evitar consecuencias injustas tales como que el oferente retrasase por negligencia o mala fe la toma de conocimiento de la aceptación, una vez que ésta haya llegado a su círculo.

▪ ¹⁷ Existen incluso en el Código civil casos particulares como el de la donación en que la ley distingue entre perfección genética del acto (la donación desde que es aceptada existe jurídicamente, art. 630, y produce efecto, art. 629) y esa otra perfección definitiva que hace a la donación irrevocable (desde que la aceptación es conocida por el donante, art 623, todos ellos del Cc).

de la emisión de la oferta y el de la aceptación se hallan bajo vigencia del Derecho español, no se plantea problema de legislación aplicable: se estará al art. 1262.2 C.c., a falta de pacto. Pero en otro caso, en el contrato internacional, primero ha de determinarse, en virtud de cualquiera de las llamadas por la doctrina internacionalista “conexiones generales”, el lugar de celebración del contrato y si éste fuese España, ello podría dar lugar a la aplicación del art. 1262.2 Cc.

Por su interés práctico merece comentarse la llamada “Cláusula: ¡Atención, léame primero!”¹⁸.

"Antes de utilizar el presente software, sírvase leer cuidadosamente el Acuerdo de Licencia para su utilización. Si dicho acuerdo no fuera entregado con el producto, comuníquese con su revendedor. El uso del software implica la aceptación total de los términos del acuerdo¹⁹. De no aceptarlos, devuelva el producto y solicite el reembolso del monto (precio) de compra".

Esta cláusula pretende que la presentación del formulario por el proveedor al cliente represente la oferta y el uso previa apertura de la envoltura del soporte del *software* implique aceptación. En la modalidad de licencias por contratación electrónica, denominadas también *Click Wrap*, la aceptación vendría representada por el hecho de pulsar en el botón “Aceptar” o “Configurar-Registro”, sin perjuicio en ocasiones de requerirse para la perfección, el empleo de clave de acceso o firma electrónica.

En cualquier caso, se reconoce la posibilidad de disconformidad con los términos del Acuerdo, pero la consiguiente devolución del producto (mediante este acto puede manifestarse también este disenso), se limita temporalmente a un plazo de duración necesariamente breve aunque no

▪ ¹⁸ En inglés, *¡WARNING, read carefully before opening!*.

▪ ¹⁹ A su vez, para hacer posible dicho uso es preciso rasgar el precinto adhesivo de la cubierta de plástico transparente o de papel que contiene los *diskettes* que sirven a su vez de soporte del programa cedido. De ahí la expresión anglosajona: *tear me open* que significa algo así como “romper para abrir”.

siempre expresamente prefijado (v.g., 15 días,²⁰). Creemos que esta situación más que en la resolución de un contrato perfecto encajaría en la falta de concurso entre oferta y aceptación en que ha de manifestarse el consentimiento contractual a tenor del citado art. 1262 Cc.

c) Objeto.

La delimitación del objeto del Acuerdo de licencia requiere la relación del material de que se compone el *software* entregado:

- Número de discos y formato. Tradicionalmente se incorporaban cláusulas como:

"Si el paquete de Software contiene discos 3-1/2" y 5-1/4"²¹, usted sólo podrá utilizar uno de los modelos provistos (el modelo 3-1/2 o el modelo 5-1/4). No podrá usted utilizar los otros discos en otro ordenador o red, ni prestarlos, excepto cuando se haga como parte de una transferencia u otro uso expresamente permitido por el presente contrato de Licencia de la Empresa X".

▪ ²⁰ SCHAWZ, Michael, "Tear-me-open *Software* license agreements: a uniform commercial code perspective on an innovative contract of adhesión", *Computer Law Journal*, 1986, Vol VII, N° 2, pp. 264 ss, se refiere a la *return policy*. En relación a los productos en general, la devolución presupone que el adquirente no lo haya dañado. En materia de *software*, por su especial naturaleza, aunque no se dañen los soportes materiales, puede fácilmente copiarse el programa (esto no es exclusivo del *software*: se puede fotocopiar un libro o escanearlo sin dañar el ejemplar). Así se recibe el fruto de la labor intelectual sin pagar por él. Para evitar este enriquecimiento injusto la copia ha de impedirse mediante el empleo de un juego de claves u otros procedimientos técnicos (*passwords*). Algunos comentaristas consideran desde el otro punto de vista, el del usuario legítimo, que las garantías ofrecidas a éste por el productor de *software* son extremadamente limitadas y ofrecen tan escasa protección, que el usuario considera que su posición es similar a la de alguien que por robar el *software* no es protegido en absoluto. Precisamente frente a esa indiferencia del usuario a estar dentro o fuera de la legalidad y de la contractualidad, se establece el mecanismo de las *Tear-me-open software agreements*.

▪ ²¹ Formato este último totalmente en desuso, sustituyéndose por el soporte CD-ROM que sirve de copia de seguridad. La transferencia telemática es cada vez más rápida, cómoda y segura. Otra modalidad es acompañar a la copia destinada al uso ordinario (o *alive copy*) una *demonstration copy*.

- Manual de aplicación²² y documentación de apoyo, *software* de servicio o complementario que se requiera para el funcionamiento del *software* principal contratado, copias entregadas para fines de *back-up*, etc. En el caso de contratación electrónica, este material se envía normalmente por vía tradicional, aplicándose la normativa de las ventas por correo.

No menos relevante resulta la descripción de las funciones del programa, para evitar confusiones respecto a las expectativas sobre sus prestaciones, especialmente cuando la garantía prevea el cumplimiento de las funciones descritas²³. O la descripción de las propias características técnicas del sistema informático en que ha de instalarse el *software*, con el fin de obtener su óptimo funcionamiento. Sólo algunos de estos datos son comprensibles por el usuario medio; de ahí la importancia de su constancia y claridad. Los más frecuentes son:

- Memoria mínima requerida
- Capacidad mínima del disco duro.
- Nivel necesario de compatibilidad del *hardware*.
- Tipo de tarjeta gráfica y monitor.
- Tipo de impresora.
- Sistema operativo y versión de S.O. y de Bios.

La entrega como acto de transmisión de la posesión plantea algunos matices en relación al *software*, ante situaciones como el retraso en la entrega

▪ ²² Este material, especialmente si se redacta en el idioma del usuario, contribuye a garantizar un disfrute satisfactorio.

▪ ²³ Ha de considerarse la documentación asociada al paquete o expuesta en presentaciones, discusiones orales, correspondencia o cualquier otra información previamente proporcionada por el vendedor (incluida la publicidad con arreglo al art. 8 LGDCU). Es clásico el ejemplo de una conocida *software house* que presentaba su sistema operativo como de 32 bits y en realidad funcionaba sobre uno de 16 bits. También debe abandonarse la práctica de las *software houses* de introducir en los programas funciones secretas (no figuran ni siquiera en los manuales destinados a los programadores) con la finalidad de protegerlos de los competidores.

de alguno o todos los componentes²⁴ o los fallos de cumplimiento detectados durante el proceso de *testing*. Los intereses de cada una de las partes se reflejan en el concepto de entrega. Para el vendedor *entrega* supone disponibilidad efectiva para cumplir (envío, incluso recepción por el usuario), más orientada a la observación estricta de las especificaciones técnicas que a la auténtica satisfacción de los requerimientos funcionales del comprador. Para éste *entrega* equivale a instalación²⁵ y adecuado funcionamiento (*installation or implementation*). Inherente a esta cuestión es la del momento en que se transmiten los riesgos. Por todo ello, debe especificarse en el contrato lo que constituye la íntegra entrega, particularmente si el paquete contiene varios módulos o está siendo modificado para la consecución de ciertos requerimientos del comprador.

d) Naturaleza del contrato de licencia de uso.

Los contratos que analizamos no pueden entenderse sin la referencia a la cesión de derechos de explotación, especialmente del derecho uso, y a las licencias como vehículo más extendido de dicha cesión. Sin entrar en la calificación jurídica de éstas -venta o arrendamiento- ni en su evolución desde las genuinas licencias respecto de las *Mainframes* a la venta definitiva de *diskettes* conteniendo *software* para *Microcomputer*, aludiremos a su calificación y tipos.

Parecería que se trata de una transacción con dos formas contractuales sucesivas que se refieren a objetos distintos: primero venta del

▪ ²⁴ A este aspecto se refiere la STS de 15 de junio 1987 (RJ. 1987, 4469) en un supuesto relativo a un contrato de compraventa de equipo informático y de la necesaria programación, en que se justifica la existencia de cierto retraso en la puesta a disposición de tales productos, por parte de la empresa, debido a la falta de fijación de fecha exacta de entrega y la necesidad en muchos casos, del concurso diligente de la compradora para el pleno cumplimiento del contrato, lo que determina en dichos casos la inutilidad de la consignación de la prestación, incluso su inutilidad a efectos de constituir en mora al comprador, respecto de lo cual es suficiente la oferta real de aquella prestación.

▪ ²⁵ El cliente procederá a instalar por sí mismo el *software* cedido, de acuerdo con las especificaciones de la Empresa, o lo hará el proveedor a instancias de aquél, en las debidas condiciones de seguridad y confidencialidad.

soporte; después licencia del *software*²⁶. La primera, referida al soporte transfiere su propiedad en el instante de la compra entre el distribuidor y el cliente. La segunda incumbe a la propia creación intelectual incorporada al soporte, se perfecciona entre ese mismo cliente y el titular de los derechos sobre dicha creación, a través de la apertura del envase como gesto destinado a manifestar la adhesión a ciertas cláusulas.

Respecto del contenido de derechos del usuario y sus restricciones, en la venta el usuario es dueño del producto entregado con amplios derechos para uso, reventa, etc.; mientras que en la licencia el usuario puede o no ser "dueño" del medio tangible que contiene el *software*, pero esta titularidad no resuelve lo que dicho usuario puede hacer con la tecnología contenida en dicho soporte. Sino que sus derechos están controlados por los términos de la licencia que los modaliza (cediéndolos en exclusiva o compartiéndolos el licenciante) dentro del marco de la legislación de propiedad intelectual²⁷. Tampoco la contratación electrónica debe obstaculizar el ejercicio de los derechos del usuario en relación al *software* cedido. Por otra parte, el que las licencias de *software* estándar se celebren normalmente mediante la técnica de la contratación por adhesión puede originar supuestos de ineficacia de determinadas cláusulas consideradas abusivas, en aras de la protección de los consumidores, cuando faltan las garantías debidas y las anomalías afectan a elementos esenciales del contrato como el consentimiento y la causa, como se desprende de la Ley

▪ ²⁶ En parecido sentido MEDIANO CORTÉS, "Comentario a la Ley 16/1993, de 23 de diciembre, de incorporación al Derecho español de la Directiva 91/250/CEE, de 14 de mayo de 1991, sobre protección jurídica de los programas de ordenador", *Revista de Derecho de Autor*, 1994, n° 4, p. 60, considera que programas de ordenador se pueden adquirir hoy en día, en cualquier lugar, desde grandes almacenes hasta quioscos. En ellos, normalmente el distribuidor no es titular de los derechos de explotación por lo que no puede conceder licencia; de manera que en los programas se incluyen tarjetas en las que el usuario registra sus datos, enviándolas después por correo al titular de los derechos de explotación o su licenciatario. Denomina licencias *shrink-wrap* a las que se celebran sin registro o no siendo este imprescindible, y licencias *ad hoc* a las redactadas para un usuario determinado.

▪ ²⁷ Especialmente los derechos de reproducir, modificar y descompilar los programas de ordenador, en los términos autorizados por la Ley de Propiedad Intelectual (art. 100 del TR. de 1996), mediante el acceso al código fuente, documentación, convertibilidad y mantenimiento (suministro de versiones sucesivas).

General de Defensa de los Consumidores de 1984 y la más reciente Ley de Condiciones Generales de Contratación de 1998.

En cuanto a la duración de la relación contractual, la venta es un negocio de tracto único, mientras que transferir *software* a través de licencia crea una relación de tracto sucesivo, más próxima al arrendamiento; otra cosa es que en la práctica, se establezca la duración indefinida o así resulte de la obsolescencia del *software* cedido. Por su objeto, en el *lease* necesariamente existe en un lugar determinado (refiriéndose al *hardware*) mientras que el *software* puede estar simultáneamente contenido en múltiples copias (de ahí que la posibilidad de uso en varios lugares ha de ser restringida por las *license*) o simplemente transmitirse en forma electrónica.

En la práctica, el *licensing* es sólo efectivo respecto de establecimientos grandes y medianos que resultan especialmente vulnerables a los procesos legales relativos a infracciones de propiedad intelectual o patente. Por el contrario, los empresarios individuales y pequeños tienden a piratear el *software* que necesitan y sólo acceden a él legítimamente (a través de licencia; o dicho más vulgarmente, lo "compran") cuando la documentación, la asistencia al usuario, o la protección derivada de responsabilidad es económicamente significativa.

Pero, en definitiva, sería rechazable considerar la transacción electrónica de *software* como un contrato *sui generis* porque ello supondría olvidar que cualquier creación intelectual (*copyright work*) puede ser entregada bien a través de soportes materiales, bien *on-line*. De lo contrario, toda venta de libros, cuadros u *cassettes* musicales (por referirnos a otros tantos soportes tradicionales) constituiría un contrato *sui generis*.

e) Las licencias *on line* en la jurisprudencia anglosajona.

Las modernas técnicas telemáticas han impuesto la distinción entre licencias *off line* y licencias *on line*. Las licencias *off-line* constituyen la modalidad tradicional y a su vez presentan variedades como las *Telephone Sales or Other Direct Marketing of Software*, y las "*Over the Counter*" *Sales of Software*. Estas segundas consisten en la colocación del producto de *software* en un escaparate, lo que probablemente supone una oferta que es aceptada

por el comprador. Sin embargo, en la reventa del *software* adquirido de un vendedor a través de una *O.E.M.* u otro mecanismo de reventa de un producto de los denominados “de valor añadido” o de los llamados “de Tercera Parte”, el vendedor y el último usuario nunca tratan directamente uno con otro²⁸.

Por otra parte la perfección de las licencias *on line* presenta varios supuestos, ya que la constancia de la aceptación del comprador, aun en forma electrónica, se combina con otros factores como el pago del precio o la transmisión o descarga electrónica del *software* cedido.

En el primero de los supuestos planteables, el contrato se perfecciona antes del pago o de la entrega del *software* (*A Contract is Formed Before Payment or Delivery of the Software*). A pesar de la caracterización de la transacción por el vendedor como *license*, la mayoría de los tribunales han mantenido que la transacción de copias tangibles de *software*, al menos cuando no hay un desarrollo significativo de este producto en atención al cliente ni se incluye un componente de servicio, son *sales of goods*, regidas por el *UCC*²⁹. Aunque el *software* entregado electrónicamente (“descargado”) no implica dación de un bien tangible, parece que esta figura se regirá también por el *UCC*, al menos por analogía, en espera de una próxima reforma de este texto para su adaptación a esta modalidad contractual.

Varias son las observaciones que pueden hacerse. Primero, se concede al comprador la opción entre, por un lado, salir o abortar la adquisición en cualquier momento antes de la aceptación final de los términos de la licencia y, por otro, realizar un acto afirmativo que implique su propósito de

▪ ²⁸ Hemos de tener en cuenta que si el *software* es entregado *off-line*, aunque lo sea en virtud de una *shrinkwrap license agreement* instrumentalizada *on-line*, aquélla forma de entrega solamente habrá supuesto un vehículo alternativo para ejecutar el contrato celebrado, pero en conjunto la operación, desde el punto de vista legal, no será diferente de una venta por teléfono.

▪ ²⁹ *Uniform Commercial Code* norteamericano. Las razones por las que esta figura se asimila más a las *sales of goods* que a las *licenses* son varias: a) los *purchasers of mass market software* no realizan pagos periódicos sino un único pago por la adquisición de este producto; b) las *software houses* no acuden a la *title retention* con propósitos de garantizarse un *security interest*; y c) no existe una fecha de expiración respecto del derecho licenciado.

aceptación, v.g., haciendo *click* en el botón “Aceptación” o “Aceptar”. Es aquí donde surge otra cuestión: la consideración de este acto como una simple respuesta a un contrato de adhesión que el comprador debe asumir para que sea físicamente posible el uso de la copia de *software*. Más claros fines de registro se evidencian cuando se solicita al comprador que, después de hacer *click* en el botón “Aceptar”, complete los datos de un formulario de inscripción electrónica de usuarios, generalmente referidos al nombre, dirección y otras informaciones pertinentes.

La segunda modalidad de perfección supone que, después del pago, el *software* es descargado mostrándose en pantalla los términos de la licencia. (*Downloading of the Software with the License After Payment*). De forma similar a la distribución *off-line*, en la distribución *on-line* el comprador usualmente proporciona el número de su tarjeta de crédito y especifica el *software* deseado, y éste es descargado e incorporado a una *Webwrap license agreement* que aparece en la pantalla cuando termina dicho proceso de descarga. Los tribunales consideran que no era preciso que la prestación del consentimiento fuese previa a la entrega de metálico en orden a la formación del contrato y señalan varios ejemplos en que los términos del contrato son plenamente conocidos sólo después de dicho pago (v.g., billete de pasaje aéreo, la entrada para un concierto).

La tercera forma de perfección implica la expresa aceptación del acuerdo después de la descarga del *software* (*Express Acknowledgment of the Agreement After Downloading*), siendo el usuario requerido en la pantalla a hacer *click* en el botón de aceptación para manifestar su conformidad con los términos, antes de que el *software* pueda ser ejecutado. Botón que debe aparecer al final de la pantalla o del número de ellas que ocupe el texto de la licencia para asegurar la integridad de la misma. Para una mayor garantía algunos vendedores *on line* requieren al comprador para que indique su asentimiento a cada una de las diversas cláusulas del *Webwrap agreement*, v.gr., haciendo *click* en sendos botones “Aceptar” y sólo si todas y cada una de las cláusulas son aceptadas, la transacción se perfecciona.

En conclusión y en vista de la incertidumbre legal que envuelve los modelos de distribución, es recomendable a los vendedores que acuden a

transacciones *on-line*, que utilicen el primero de los modelos expuestos en que el comprador puede examinar y aceptar el *Webwrap license agreement* antes de contratar y descargar el *software*. Desde el punto de vista de la Propiedad intelectual, la tendencia actual la mercantilización de las obras digitales -el *software* es una de ellas- mediante las telecomunicaciones permitirá una reducción del coste, pero nunca una cesión al dominio público, lo que produciría una desmotivación de sus autores. Ello no excluye que por razones comerciales, en ciertos casos, las empresas decidan entregar gratuitamente ejemplares de un programa a los usuarios para conseguir la introducción de un producto en el mercado o para colocarse estratégicamente frente a un competidor.