

Las licencias de uso de bienes digitales: el difícil equilibrio entre los intereses de los titulares de los derechos y los usuarios

Aurelio Lopez-Tarruella Martinez*

Sumario: 1. Planteamiento; 2. Los derechos de propiedad intelectual sobre bienes digitales; 3. Definición y características de las licencias de uso de bienes digitales; 4. Condicionantes legales de las licencias de uso de bienes digitales; 4.1 Límites a la elección de ley en las licencias internacionales de uso de bienes digitales; 4.2. Condiciones impuestas por la normativa de derechos de propiedad intelectual; 4.2.1 La licencia, la fair use doctrine y las excepciones a los derechos de autor; 4.2.2 Los mecanismos técnicos de protección del bien digital, la fair use doctrine y las excepciones a los derechos de autor; 4.2.3 Condiciones impuestas por la normativa sobre contratación; 4.2.3.1 Normas generales: validez de las licencias Shrink-Wrap, Click-Wrap y Web-Wrap e incorporación al contrato de los términos de la licencia; 4.2.3.2 La normativa de protección del consumidor; A modo de conclusión: apuntes para la búsqueda de un equilibrio entre los intereses de los titulares y de los usuarios.

Resumo: Esse artigo aborda as normativas aplicáveis às licenças de uso de bens digitais. É possível constatar dois interesses opostos, assim normatizados: Por um lado, as normas de propriedade intelectual favorecem os titulares dos direitos em prejuízo da comunidade em geral e dos usuários em particular; por outro lado, a norma sobre condições gerais da contratação e, principalmente, a proteção dos consumidores favorecem os interesses dos usuários de direitos. Assim, busca-se definir um equilíbrio entre esses interesses, tendo em vista a natureza inovadora dos bens digitais.

Palavras-chave: Bem digital; Normas gerais; Propriedade intelectual.

Abstract: This article approaches normative the applicable ones to the licenses of use of digital goods. He is possible to evidence two opposing interests, thus normatizados: On the other hand, the norms of copyright in general favor the bearers of the rights in damage of the community and the users in particular; on the other hand, the norm on general conditions of the act of contract and, mainly, the protection of the consumers favor the interests of the users of rights. Thus, one searches to to define a balance between these interests, in view of the innovative nature of the digital goods.

Keywords: Well digital; General norms; Copyright.

1 Planteamiento

Se entiende por Sociedad de la información a la nueva realidad en la que vivimos y que es el resultado de la sinergia derivada de los fenómenos cronológicamente

* Doctor en Derecho. Profesor asociado de Derecho internacional privado de la Universidad de Alicante (España). Profesor del Magister Lvcentinus en Propiedad industrial, intelectual y Sociedad de la información de la Universidad de Alicante.

coincidentes e interdependientes: el auge de las tecnologías de la información y los avances en el sector de las comunicaciones electrónicas¹.

Dentro del primero de estos fenómenos resulta de especial importancia la “digitalización” de la información, es decir, la reducción de los datos a un lenguaje binario – de ceros y uno – capaz de ser procesado por programas informáticos instalados en ordenadores o en otros componentes de hardware². Gracias a la digitalización se facilita el almacenamiento, compresión y procesamiento de la información. Asimismo, se permite su difusión en Internet: una vez convertida en 0 y 1, la información puede viajar por las redes de Internet hasta ordenadores situados en cualquier lugar del mundo.

Mucha de la información que es objeto de digitalización está protegida por derechos de propiedad intelectual: hay creaciones intelectuales que son digitales *per se* – los programas de ordenador o las bases de datos electrónicas – y otras que pueden ser convertidas a formato digital – obras literarias, obras musicales o audiovisuales.

Con la finalidad de garantizar la protección de los derechos de los titulares de estas obras en el entorno digital, se han adoptado instrumentos tanto a nivel internacional como regional. En este sentido pueden citarse el Tratado OMPI de derechos de autor de 1996 (en adelante TDA)³ o la Directiva 2001/29 de la Comunidad Europea sobre los derechos de autor en la sociedad de la información⁴.

La simple observancia de estos instrumentos permite afirmar que ninguno de ellos toma en consideración un elemento que, a mi modo de ver, posee una gran importancia práctica: esos bienes digitales protegidos por derechos de propiedad intelectual son objeto de comercio por parte de sus titulares, tanto por medios tradicionales como por medios electrónicos. Esa es una de las maneras en la que estas personas sacan partido a la inversión realizada en la elaboración de la creación intelectual objeto de protección. Para ello acuden a un nuevo modelo de contrato característico de la Sociedad de la información: *las licencias o cesiones de uso de bienes digitales*⁵.

¹Vid. Comunicación de la Comisión Europea, Libro Verde sobre la convergencia de los sectores de telecomunicaciones, medios de comunicación y tecnologías de la información y sobre sus consecuencias para la reglamentación (Doc. COM (1997) 623 final); Comunicación de la Comisión, La Convergencia de los sectores de telecomunicaciones, medios de comunicación y tecnologías de la información y sobre sus consecuencias para la reglamentación. Resultados de la consulta pública sobre el Libro Verde (Doc. COM (1999) 108 final).

²Vid. **Libro Verde**, 1997, p. 3.

³ En vigor desde marzo de 2002. En la actualidad son parte de este Tratado 58 Estados. El texto del Tratado y el estado de las ratificaciones puede consultarse en <<http://www.wipo.int/treaties/es/ip/wct/index.html>>.

⁴ Directiva 2001/29 relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y los derechos afines en la Sociedad de la Información. (DOCE 167/10 de 22 junio 2001).

⁵ Vid. P. DE MIGUEL ASENSIO, “El Derecho internacional privado ante la globalización”, *AEDIPr*, t. 1, 2001, pp. 37 – 87, esp. 51.

Ninguno de los instrumentos internacionales o comunitarios existentes actualmente en materia de propiedad intelectual contiene disposición alguna sobre estas licencias. De hecho, las normas sobre contratación de derechos de propiedad intelectual son escasísimas en los convenios internacionales⁶.

Podría pensarse que esta ausencia de normas se debe a que no son necesarias: los contratos a partir de los cuales se comercializan estos bienes digitales encuentran una regulación adecuada en el Derecho general de la contratación. En mi opinión, esto no es así. Como se pretende poner de manifiesto en el presente trabajo, la interacción de las normas de propiedad intelectual y de la normativa general sobre contratación en la regulación de las licencias de uso de bienes digitales no conduce a resultados que puedan considerarse satisfactorios: los intereses de los titulares de derechos están excesivamente protegidos en detrimento de los intereses de los usuarios de estos bienes.

Para desarrollar esta idea, resulta necesario, en primer lugar, explicar la protección que las normas de propiedad intelectual otorgan a estos bienes y a las medidas tecnológicas de protección que los titulares utilizan para impedir su explotación no autorizada. Asimismo, debe prestarse atención a las excepciones al derecho de exclusividad. En segundo lugar, debe establecerse una definición de licencias de uso de bienes digitales e identificar los rasgos que las caracterizan. En tercer lugar, es preciso determinar en qué medida los titulares de derechos están condicionados por la normativa sobre propiedad intelectual, el Derecho general de la contratación y la legislación destinada a proteger a los usuarios/consumidores a la hora de establecer el contenido de estas licencias. Sin duda, existen otras normas aplicables a estas licencias – así, por ejemplo, las de defensa de la competencia – pero, por razones de espacio, no pueden ser tratadas en el presente trabajo.

En fin, una vez abordadas todas estas cuestiones podrán realizarse unos apuntes finales sobre una controversia político-legislativa que dista mucho de estar cerrada.

2 Los derechos de propiedad intelectual sobre bienes digitales

Con carácter general, la protección por derechos de autor se otorga sobre las obras artísticas y literarias desde el momento de su creación⁷. Dicha protección se otorga tanto si la obra está en un formato “analógico” o en un formato “digital” puesto que,

⁶ Como excepción puede citarse el Art. 40 de ADPIC, si bien resulta discutible que esté concebido para las licencias de uso de bienes digitales.

⁷ En este sentido puede consultarse el Art. 1 del Texto Refundido de la Ley española de propiedad intelectual (BOE num. 97, de 22 abril de 1996). Algunos Estados, como el Reino Unido, exigen que las obras hayan sido fijadas en un soporte material para que puedan acceder a la protección.

como establece el Art. 2.1 del Convenio de Berna, la protección se concede “cualquiera se sea el modo o forma de expresión” de la obra⁸.

Entre los bienes digitales susceptibles de protección por derechos de autor es posible distinguir dos categorías. Por un lado, las *creaciones intelectuales digitales* per se: programas de ordenador – cuya protección como obras literarias o artísticas viene expresamente establecida por los Arts. 5 del TDA y 10.1 del ADPIC⁹ –, bases de datos electrónicas – incluidas en el ámbito de aplicación del Art. 6 TDA y 10.2 ADPIC –, videojuegos y obras multimedia – consistentes en un producto único que integra elementos de diversas categorías de obras como textos, fotografías, audio, video o programas de ordenador¹⁰. Por otro lado, las *creaciones intelectuales digitalizadas*: obras literarias convertidas en *e-books*, obras musicales en formato mp3, obras audiovisuales en formato DVD etc.

Como a cualquier otra obra literaria o artística, los ordenamientos jurídicos conceden a los titulares de creaciones intelectuales expresadas en formato digital un derecho de exclusividad sobre las mismas. Este derecho incluye dos tipos de prerrogativas: morales y económicas.

Las primeras están destinadas a proteger al autor en su condición de creador intelectual e incluyen, al menos, el derecho a ser reconocido como tal y a oponerse a cualquier deformación, mutilación o modificación de la obra que cause perjuicio a su honor o reputación (Art. 6 bis Convenio de Berna)¹¹.

Las segundas prerrogativas están destinadas a reservar al autor el monopolio sobre la explotación económica de la obra. Por un lado, está autorizado a utilizar la obra con exclusión de terceros. De acuerdo con las legislaciones nacionales y con los convenios internacionales en la materia, se reserva al autor el derecho a explotar la obra en cualquier de sus formas y, en particular, el derecho a reproducirla (Art. 9 C. Berna), transformarla (Art. 12 C. Berna), distribuirla en cualquiera de sus formas (Art. 6 y 7 TDA) y comunicarla o ponerla a disposición del público (Art. 8 TDA). Por otro lado, el autor es el único que puede autorizar a terceros la utilización o explotación de la obra en cualquiera de estas formas. Si dicha autorización no existe, el tercero incurrirá en una infracción de derechos.

⁸ Convenio de Berna de 1886 para la protección de las obras literarias y artísticas. Los Estados parte (160) y el texto del convenio se pueden consultar en <<http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/index.html>>.

⁹ Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio de 15 abril 1994. <http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/legal_s.htm>.

¹⁰ Vid. P. DE MIGUEL ASENSIO, **Derecho privado de Internet**, 3. ed, Madrid, Civitas, 2004, p. 236.

¹¹ Ahora bien, mientras algunos ordenamientos sólo reconocen estos dos derechos y permiten su renuncia – sistema de *copyright* –, otros establecen un catálogo de derechos morales más extenso y, además, les otorgan un carácter irrenunciable e intransferible – sistemas de *droit d'auteur*.

De manera adicional a esta protección jurídica, los titulares de bienes digitales recurren a medidas técnicas de protección. Se trata de mecanismos informáticos que los titulares incorporan en estas obras con una doble finalidad: a) protectora: impiden que terceros no autorizados puedan acceder a la obra, copiarla o explotarla en cualquiera de sus formas; b) de gestión: garantizan que las personas autorizadas sólo explotan la obra en una de las forma y bajo las condiciones en las que ha sido autorizado¹².

Para garantizar la efectividad de estos mecanismos técnicos de protección, el Art. 11 del TDA obliga a los Estados parte a sancionar los actos de terceros destinados a la elusión de estas medidas. Sin embargo, como veremos, a nivel regional y nacional, la protección a los mecanismos técnicos de protección se ha extendido a la fabricación, comercialización, importación, alquiler y publicidad para venta o alquiler de productos que permiten su elusión.

El derecho de exclusividad no es absoluto, sino que está sometido a cuatro tipos de límites: las excepciones al derecho de exclusividad, el plazo de duración del derecho¹³, el principio de agotamiento del derecho¹⁴ y las licencias obligatorias¹⁵. De todos ellos, el que presenta un mayor interés para el presente trabajo es el primero.

Las excepciones al derecho de exclusividad autorizan a ciertas personas en determinados supuestos a llevar a cabo actos de explotación de la obra sin que sea

¹² Así, por ejemplo, la mayoría de DVDs incorporan el dispositivo CSS – *Content Scrambling System* – que, aparte de imposibilitar su reproducción, impide que la obra digital pueda ser visualizada en sistemas no autorizados – por ejemplo, en ordenadores que utilizan el sistema operativo Linux –. Del mismo algunos CDs musicales incluyen dispositivos de protección que impiden copiar los CDs, escucharlos en ordenadores o, incluso, en los lectores de CD de un coche.

¹³ La protección otorgada por derechos de autor caduca transcurrido un determinado plazo de tiempo. El Art. 7 C. Berna habla de un mínimo de 50 años después de la muerte del autor pero los Estados pueden establecer una protección más larga – así, por ejemplo, en la Comunidad Europea es de 70 años *post mortem auctoris* –. Una vez, transcurrido ese plazo la obra pasa a formar parte del dominio público y cualquiera puede explotarla.

¹⁴ El principio de agotamiento del derecho – *o first sale doctrine* – tiene como finalidad impedir que el titular siga controlando la distribución de la obra una vez que la misma ha sido introducida en el mercado mediante venta u otro contrato translativo de propiedad. Con ello se pretende favorecer el libre tráfico de las obras una vez puestas en circulación. En Europa, este principio no resulta aplicable cuando la obra se divulga en Internet mediante su puesta a disposición en un web site. Así lo establece, expresamente el Art. 3.3 de la Directiva 2001/29. La respuesta no resulta tan clara en otros ordenamientos. Los convenios internacionales no establecen ninguna condición sobre la aplicación de este principio a nivel nacional, internacional o regional (Art. 6.2 TDA, Art. 6 ADPIC).

¹⁵ En ocasiones, las autoridades nacionales pueden obligar a los titulares de derechos a otorgar cesiones sobre sus derechos de autor. Esta posibilidad está expresamente recogida en algunos artículos del Convenio de Berna (Arts 13 y 10.bis.2) y en las Disposiciones especiales para los países en desarrollo incluidas en su Anexo.

precisa la autorización del titular. Con ellas se persigue garantizar lo que se conoce como el “*copyright balance*”: los derechos de autor son un privilegio que el Estado concede al autor en recompensa por su aportación creativa a la comunidad; no obstante, ese privilegio está subordinado a los intereses generales de la sociedad los cuales están reflejados en las excepciones. Siguiendo a B. Hugenholtz, las excepciones pueden clasificarse, en atención a la finalidad que persiguen, en tres categorías: a) las destinadas a garantizar el respeto de ciertas libertades fundamentales como la libertad de expresión, libertad de prensa o el derecho de información – parodia, cita, temas de actualidad; b) las basadas en la necesidad de facilitar el acceso a la cultura por parte de la sociedad – bibliotecas, museos, archivos, sistema educativo; c) las basadas en disfunciones del mercado consistentes en situaciones en las que es imposible para el titular controlar la explotación de sus obras – copia privada¹⁶.

La regulación de estas excepciones presenta una escasa armonización a nivel internacional. Tan sólo existe una obligación general de los Estados de garantizar que las excepciones establecidas en sus legislaciones cumplan con la llamada “prueba de las tres fases”: 1) sólo deben establecerse en ciertos casos especiales, (2) que no atenten a la explotación normal de la obra (3) ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor (Arts. 10 TDA y 13 ADPIC). La ausencia de una disposición más concreta ha dado lugar a que, a nivel nacional y regional, sigan existiendo importantes diferencias en su regulación.

Unos sistemas – generalmente de los de *copyright* – establecen una cláusula abierta – *fair use doctrine* –. se permite la explotación de la obra, sin autorización del autor, siempre que esté basada en criterios de equidad¹⁷. Entre las utilidades permitidas bajo la *fair use doctrine* se incluye la reproducción con fines de investigación, de crítica, de parodia, de uso en el ámbito primario o, tratándose de programas de ordenador, la descompilación destinada a lograr la interoperabilidad.

Otros sistemas establecen listas cerradas de excepciones al derecho de exclusividad: los actos de explotación de terceros sobre las obras que no precisan de una autorización son únicamente los establecidos en la lista. Así, por ejemplo, la Directiva comunitaria 2001/29 establece hasta veinte excepciones que los Estados miembros pueden

¹⁶ Vid. P. B. HUGENHOLTZ, “Adapting Copyright to the Information Superhighway”, en P. B. Hugenholtz (Ed), *The Future of Copyright in a Digital Environment*, La Haya, Kluwer, 1996, pp. 81 – 103, esp. 94.

¹⁷ En la actualidad, la *fair use doctrine* en EEUU está regulada en la *Sec. 107 Copyright Act 1976*. De acuerdo con esta disposición existen, al menos, cuatro factores a tener en cuenta para determinar si una utilización de la obra puede considerarse *fair use*: 1) si la obra se copia de buena fe, para el beneficio del público en general o para servir los intereses económicos del infractor; 2) la naturaleza de la explotación: si es casual, tiene una finalidad creativa o si se persiguen fines económicos; 3) el uso de la obra debe ser proporcional como el fin perseguido; 4) los efectos que la explotación tiene en el mercado de la obra. Vid. A. LEPAGE, “Overview of Exceptions and Limitations to Copyright in the Digital Environment”, *e-Copyright Bulletin*, January-March, 2003, p. 5.

adoptar en sus ordenamientos internos¹⁸. Asimismo, en la Comunidad Europea existen excepciones particulares en materia de programas de ordenador¹⁹ y bases de datos²⁰.

3 Definición y características de las licencias de uso de bienes digitales

Como se ha visto, el derecho de exclusividad concedido al autor sobre la obra tiene una vertiente *negativa* – la facultad de prohibir a otros la explotación de la obra – y otra *positiva* – la facultad de explotar la obra y de autorizar a terceros a hacerlo –. Las licencias de uso de bienes digitales son expresión de esta segunda vertiente. En ellas, el titular de los derechos autoriza a un tercero a llevar a cabo actos de explotación sobre la obra.

Las licencias de uso deben ser distinguidas de las licencias de derechos de explotación sobre bienes digitales.

- a. *Licencias de derechos de explotación*²¹. En ellas el autor transmite todos o parte de los derechos patrimoniales sobre la obra a un tercero para que pueda explotarlos económicamente. La licencia puede ser exclusiva o no exclusiva. Asimismo, puede ser otorgada por un periodo de tiempo limitado o ilimitado y para el territorio de uno o de varios Estados. Los convenios internacionales no recogen ninguna norma sobre estos contratos pero sí las legislaciones nacionales. En los sistemas de *droit d'auteur*, estas licencias – denominadas cesiones en España y

¹⁸ Entre ellas, destacan: a) reproducción para uso privado no comercial acompañada de una compensación equitativa; b) reproducciones efectuadas por bibliotecas, centros de enseñanza o museos sin fines lucrativos; c) actos de explotación que tengan por objeto la ilustración con fines educativos o de investigación científica; d) explotación de la obra en beneficio de personas con minusvalías; e) reproducciones sobre temas de actualidad; f) citas; o (g) parodia.

¹⁹ El usuario no precisa de la autorización del titular para: a) llevar a cabo los actos de reproducción necesarios para la utilización del software con arreglo a su finalidad propuesta, incluida la corrección de errores; b) realizar una copia de seguridad; c) llevar a cabo actos de ingeniería inversa para lograr la interoperabilidad del software con otros programas informáticos (Arts. 5 y 6 Directiva 91/250 sobre la protección jurídica de los programas de ordenador, DOCE L 122/42 17 septiembre de 1991)

²⁰ El usuario no precisa de la autorización del titular para: a) llevar a cabo los actos que sean necesarios para el acceso al contenido de la base de datos y a su normal utilización; b) utilizar la base de datos con fines ilustrativos de enseñanza o de investigación científica; c) extraer o reutilizar una parte sustancial de la base de datos con esos mismos fines (Directiva 96/9 sobre protección jurídica de las bases de datos, DOCE L 77/20 de 27 de marzo de 1996)

²¹ En el presente trabajo se utiliza el término “licencia” por el uso que se hace del mismo en el entorno digital por influjo de los sistemas de *copyright*. Ahora bien, debe precisarse que estas licencias reciben la denominación de cesiones en Derecho español o de *concessions* en Derecho francés.

concessions en Francia – son objeto de regulación en normas especiales destinadas a proteger al autor, considerado la parte débil de la relación. Los sistemas de copyright son mucho más flexibles: estas *licences* – o *assignment*, si su objeto es la transmisión en exclusiva de todos los derechos – están reguladas por el Derecho general de la contratación aunque algunas normas especiales también existen – así, por ejemplo, el *assignment* debe celebrarse por escrito.

- b. *Licencias de uso*. En ellas el titular del derecho autoriza a un tercero a llevar a cabo los actos de explotación necesarios para la utilización o el acceso a la obra u obras digitales. Esta autorización generalmente viene referida al derecho de reproducción a fines de uso. Mayoritariamente, estas licencias no tienen carácter de exclusividad, son intransmisibles y se otorgan sin ningún tipo de restricción territorial. Para estas licencias tampoco se establece ninguna regulación a nivel internacional. Además, las normas especiales establecidas por las legislaciones nacionales para la primera categoría de contratos no resultan aplicables a las licencias de uso puesto que la finalidad de las mismas es diferente y no surge la necesidad de proteger un autor que ocupa una posición de debilidad en la relación. En definitiva, con la excepción del Art. 99 II LPI²², no existe en el Derecho comparado una norma especial que rijan estas licencias. Su regulación, por consiguiente, está sometida a la normativa general de Derecho de contratos.

Las licencias de uso constituyen una modalidad de transmisión de derechos de autor completamente nueva y estrechamente relacionada con los bienes digitales. El disfrute de las obras literarias o artísticas tradicionales – leer un libro, escuchar una obra musical, ver una película en el cine o en el video de casa – no requiere que el usuario lleve a cabo actos de explotación sobre la obra, por lo que no es necesaria una autorización. No obstante, para el disfrute de bienes digitales sí que es preciso que el usuario, al menos, reproduzca la obra – así, por ejemplo, para descargar una obra musical o audiovisual, o instalar o visualizar en pantalla un programa de ordenador. Para ello, el titular debe autorizarle, mediante una licencia, a llevar a cabo esos actos. De lo contrario incurrirá en una infracción de derechos²³.

²² Art. 99.II LPI: “cuando se produzca cesión del derecho de uso de un programa de ordenador se entenderá salvo prueba en contrario, que dicha cesión tiene carácter no exclusivo e intransferible, presumiéndose, asimismo, que lo es para satisfacer únicamente las necesidades del usuario”.

²³ *Vid.* WIPO, **Intellectual Property on the Internet**: a Survey of Issues, Doc. WIPO/INT/02, Diciembre 2002, disponible en: <<http://ecommerce.wipo.int>>, p. 62

En cualquier caso, la autorización al adquirente del bien digital para llevar a cabo los actos de reproducción necesarios para su acceso o utilización no es la única finalidad de estos contratos. Teniendo en cuenta que la regulación de estas licencias viene establecida en el Derecho general de la contratación y de que uno de los principios básicos del mismo es la *autonomía de la voluntad*, en la mayoría de ocasiones, las licencias de uso de bienes digitales contienen un clausulado extremadamente detallado como muy diversos objetivos.

- a. En primer lugar, las cláusulas de estas licencias delimitan el uso que el adquirente puede hacer del bien digital. Se afirma, en este sentido, que la licencia es el producto – “*the license is the product*” – pues es lo que determina qué es lo que puede hacer el adquirente con bien digital. Así, por ejemplo, una licencia de software puede establecer que la copia del programa de ordenador sólo puede ser instalada en un ordenador, o que sólo puede ser utilizado por los miembros de una entidad pública o privada o, incluso, que sólo puede ser utilizado para una determinada finalidad²⁴. Del mismo modo, los términos de uso de un servicio de descarga de música en Internet pueden establecer que las canciones descargadas sólo pueden escucharse en un determinado reproductor o sólo pueden ser objeto de un número determinado de copias²⁵.

Para asegurarse de que los usuarios sólo utilizan el bien digital de acuerdo con las condiciones establecidas en la licencia, los titulares recurren, adicionalmente, a medidas de protección tecnológica que impiden que se puedan hacer copias o más copias de las autorizadas, que accedan más personas de las autorizadas o que la persona use el bien digital de una manera determinada²⁶.

²⁴ Vid. J. P. APARICIO VAQUERO, **Licencias de Uso no Personalizadas de Programas de Ordenador**. Granada, Comares, 2004, p. 145.

²⁵ Por ejemplo, la licencia del servicio de descarga de música “iTunes” de Apple permite al usuario realizar reproducciones del archivo musical descargado en un máximo de cinco ordenadores. El sistema de protección incorporado a estos archivos impide que se puedan hacer más copias. Asimismo, el sistema solo permite que estas canciones sean escuchadas en reproductores iPods comercializados exclusivamente por Apple. Sobre el particular, vid. U. GASSER, **iTunes: How Copyright, Contract, and Technology Shape the Business of Digital Media**, 2004, disponible en: <<http://cyber.law.harvard.edu/home/2004-08>>.

²⁶ Se ha denunciado que algunos DVDs incorporan dispositivos que impiden a los usuarios saltarse los anuncios antes del comienzo de la película. Vid. T. B. LEE, “Circumventing Competition. The Perverse Consequences of the Digital Millennium Copyright Act”, *Policy Analysis*, num 564, *The CATO Institute*, disponible en <http://www.cato.org/pub_display.php?pub_id=6025>, p. 10.

- b. En segundo lugar, el clausulado de las licencias juega un papel informativo. Para asegurarse de que los usuarios conocen que los bienes digitales que están adquiriendo, o a los que se les concede acceso, están protegidos por derechos de propiedad intelectual, las licencias lo hacen constar expresamente. El clausulado les informa de los actos que no están cubiertos por la licencia y de que su realización constituye una infracción de derechos. Además de informar, estas cláusulas habilitan una vía alternativa de protección frente a estas violaciones de derechos. Efectivamente, en tales supuestos el usuario incurre en una responsabilidad extracontractual y, a la vez, en incumplimiento de una obligación contractual de no hacer – no reproducir la obra más allá de los límites permitidos en la licencia, no distribuir copias del bien digital, no alquilar la obra etc – circunstancia que permite al titular presentar la demanda por la vía que más le interese²⁷.
- c. En tercer lugar, estos contratos generalmente incluyen cláusulas de renuncia a las garantías sobre los bienes digitales y cláusulas exonerativas o limitativas de la responsabilidad que se puede derivar para el titular por los daños causados por los defectos de un bien digital. Con las primeras el titular obliga al usuario a renunciar o a ver limitados – en el tiempo, los medios resarcitorios o los motivos – los derechos que pudieran corresponderle en el caso de que los bienes digitales resultaran defectuosos²⁸. Con las segundas, el titular hace saber que no asume ninguna responsabilidad por los daños que un bien digital en estado defectuoso pueda causar al usuario o a terceros – piénsese, por ejemplo, en un virus informático²⁹.
- d. Por último, las licencias de uso de bienes digitales contienen cláusulas que, ante la posibilidad de que estos contratos adquieran un carácter internacional, establecen la sumisión a los tribunales de un determinado

²⁷ Vid. R. ROBERTSON, **Legal Protection of Computer Software**. Londres, Longman, 1990, p. 2; J. C. APARICIO VAQUERO, *Licencias de uso*. 2004, p. 297.

²⁸ *Software AG License Agreement*: “*Limited Warranty. The Software is provided “as is” without any warranty whatsoever. You assume full responsibility for the selection of the Software to achieve your intended results and for the installation, use and results from the Software*”.

²⁹ Así, las licencias de los programas de ordenador de Macromedia incluyen la siguiente cláusula: “*macromedia’s total liability to you for actual damages for any cause whatsoever will be limited to the greater of \$ 500 us dollars or the amount paid by you for the software that caused such damage*”.

Estado³⁰ – generalmente el del domicilio del titular de los derechos – y la regulación de la relación por la ley de un Estado³¹.

Como puede adivinarse, el clausulado de estos contratos, en ningún caso es negociado por el titular y el usuario. Las licencias de uso de bienes digitales son contratos en masa en los que no cabe ninguna negociación: el titular predispone su contenido y el usuario se limita a aceptar o a rechazar el mismo. Se trata, por tanto, de contratos de adhesión o contratos mediante condiciones generales de la contratación.

Por último, la celebración de las licencias de uso de bienes digital puede llevarse a cabo por medios tradicionales o por medios electrónicos. En ambos casos, haciendo uso de la libertad de forma contractual que garantizan el Derecho de la contratación, los titulares de derechos acuden, con carácter general, a mecanismos de expresión del consentimiento muy particulares. Se trata de las licencias *shrink-wrap*, *click-wrap* o *web-wrap*³².

- a. Las licencias *shrink-wrap* surgieron con la comercialización de programas de ordenador en soportes tangibles – *software package* – en establecimientos mercantiles o por envío postal. Los términos de la licencia son visibles a través del envoltorio que cubre el paquete y vienen acompañados de un aviso que advierte que la apertura del paquete implica su aceptación y, por tanto, el perfeccionamiento del contrato. Si el adquirente no acepta las condiciones debe devolver el paquete al distribuidor que, generalmente, estará obligado a reembolsar al usuario el precio pagado³³.

³⁰ La licencia para el programa de ordenador Jcreator LE de la compañía Xinox Software, con domicilio social desconocido, establece, en su cláusula 9.1 que “*This licence is governed by Dutch Law and is subject to exclusive jurisdiction of the Dutch courts*”.

³¹ La cláusula 14.3. de la Licencia del programa Borland Jbuilder 6 Personal establece: “*This license will be governed by and construed in accordance with the laws of the United States and the State of California, without giving effect to any conflicts or choice of laws principles that would require the application of the laws of a different jurisdiction*”.

³² Debe advertirse que la nomenclatura utilizada dista mucho de estar asentada. Así, muchas veces los conceptos *click-wrap* y *web-wrap* se usan de manera indistinta. Además, es posible encontrar otras denominaciones para estas mismas formas de manifestación del consentimiento: *browse-wrap agreements*, *box-top licences*...

³³ El envoltorio del paquete contendrá una leyenda que nos indica: “*Before you open this package: Carefully read the following legal agreement regarding your use of the enclosed Brand “X” product. By the act of opening the sealed package, using the software or permitting its use, you will indicate your full consent to the terms and conditions of this agreement. If you don’t agree with what it says, you may return the software package within 7 days of your receipt for a full refund*”. El ejemplo se encuentra en D. A. EINHORN, “*Shrink-wrap licences: the debate continues*”, *IDEA – The Journal of Law and Technology*, vol 38, num 3, 1998, pp. 383 – 401, esp. 383.

Estas licencias son utilizables tanto si el bien digital que contiene el paquete es el objeto de contrato – piénsese en la adquisición de programas de ordenador, videojuegos, obras multimedia etc. – cuanto si el paquete contiene un software con el cual se va a poder acceder, a través de Internet, a los bienes digitales objeto del contrato – así ocurre, por ejemplo, con los servicios en línea de bases de datos electrónicas.

- b. Las licencias *click-wrap* constituyen una evolución de esta primera categoría. El programa de ordenador o bien digital puede ser adquirido por medios tradicionales – en un paquete – o puede ser descargado desde un sitio web. En el momento en que el adquirente procede a su instalación o utilización, se le obliga a clicar un icono en señal de aceptación de los términos del contrato si quiere continuar. De no ser así, se le obliga a borrar la copia del disco duro o, en su caso, a devolverla³⁴.
- c. Las licencias *web-wrap* se utilizan, exclusivamente, para bienes digitales que se adquieren o a los que se obtiene acceso a través de sitios web. Los términos del contrato son presentados al adquirente o usuario en una página web durante el proceso de solicitud del bien digital. El usuario debe aceptar esos términos haciendo *click* en un icono antes de que empiece su descarga. En ocasiones, la simple descarga se considera como una manifestación de aceptación³⁵.

4 Condicionantes Legales de las Licencias de Uso de Bienes Digitales

Tal y como se ha afirmado, el instrumento regulador básico de las licencias de uso de bienes digitales es la autonomía de la voluntad de las partes. Ahora bien, como en cualquier otro contrato, su ejercicio está sometido a límites. En este sentido, puesto que es el titular de los derechos el que predispone el contenido de la licencia, puede afirmarse que está condicionado desde tres puntos de vista: el del Derecho internacional privado, el de la normativa de propiedad intelectual y el de la legislación de protección del consumidor.

³⁴ La Licencia para usuario final del programa de ordenador Jcreator LE de la compañía Xinox Software, establece que “...*By installing the Software, you (either and individual or a single entity) consent to be bound by and become a party to this agreement*”.

³⁵ Es corriente encontrar licencias de software como las de la compañía MINOLTA en las que se indica: “*Your clicking of the “accept” button below indicates your acceptance of the license agreement*”, o “*Please read carefully the licence agreement bellow before downloading this software. Downloading this software indicates your acceptance of the terms and conditions*”.

El análisis de las condiciones impuestas por estas normas debe servir para determinar si la regulación de estas licencias es satisfactoria en atención a dos parámetros: a) si genera excesivos obstáculos para la comercialización de bienes digitales por los titulares de derechos a escala internacional; b) si protege satisfactoriamente los intereses de los usuarios de bienes digitales³⁶.

4.1 Límites a la elección de ley en las licencias internacionales de uso de bienes digitales

Según se ha visto con anterioridad, resulta habitual la inclusión de cláusulas de elección de ley en las licencias de uso de bienes digitales. De esta manera se garantiza la seguridad jurídica de estas transacciones cuando adquieren un carácter internacional. Efectivamente, las licencias pueden estar conectada con una infinidad de ordenamientos, sobre todo cuando el bien digital se comercializa en Internet, por lo que inevitablemente se pueden despertar dudas entre las partes acerca de cuál es el Derecho aplicable al contrato. Dichas dudas se eliminan con la inclusión de estas cláusulas: las partes siempre saben cuál es el Derecho al que deben ajustar su conducta.

En principio, la elección de ley en los contratos internacionales está autorizada por la mayoría de ordenamientos. Así, por ejemplo, en la Comunidad Europea, el Art. 3 del Convenio de Roma de 1980³⁷ establece que la ley aplicable al contrato es la elegida por las partes. Del mismo modo, en Estados Unidos, la UCITA (*Uniform Commercial Information Transactions Act*)³⁸, destinada a regular las transacciones de bienes digitales, establece una disposición similar en Sec. 109 (a)³⁹.

Una libertad absoluta para elegir la ley aplicable conllevaría importantes beneficios para los titulares de derechos: las condiciones legales a las que deben sujetar sus licencias vendrán establecidos en una ley única para todas sus licencias de uso de bienes digitales. Existen, sin embargo, intereses a los que el legislador debe atender, que impiden que esto sea así. Por ello, la elección de la ley aplicable a las licencias internacionales de uso de bienes digitales está sujeta a dos límites.

En primer lugar, constituye un objetivo de política legislativa común a cualquier Estado garantizar la regulación uniforme de los derechos de propiedad intelectual

³⁶ Sin duda, hay otros parámetros, excluidos del presente trabajo, a partir de los cuales puede llevarse a cabo este análisis: distorsión de la competencia en el sector considerado en un determinado mercado; obstáculos para la innovación tecnológica y el desarrollo de productos sustitutivos, etc.

³⁷ Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales hecho en Roma el 19 de junio de 1980 (versión consolidada). DOUE L 334, 30 diciembre 2005.

³⁸ Disponible en: <<http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/ucita/ucita200.htm>>

³⁹ *Section 109 (a): "The parties in their agreement may choose the applicable law [...]"*.

que son explotados en su territorio. Por esa razón, las cláusulas de elección de ley despliegan efectos para los aspectos obligacionales de las licencias pero no para los aspectos de propiedad intelectual. Esta segunda categoría está referida a todas aquellas cuestiones que están íntimamente relacionadas con el régimen jurídico de los derechos cedidos. Entre ellas se encuentra las excepciones al derecho de exclusividad y la validez de las medidas técnicas de protección del bien digital. Tales cuestiones están sometidas al Derecho del Estado donde se lleva a cabo la explotación de los derechos – la *lex loci protectionis* –⁴⁰, el cual, generalmente, coincidirá con el del país donde reside el usuario. Su aplicación no admite excepciones ni derogaciones por la autonomía conflictual. En este sentido, cláusulas como la siguiente tienen una validez limitada a los aspectos obligacionales de la transacción: “*This license is governed by the laws of the State of New York and the intellectual property laws of the United States of America*”⁴¹.

En segundo lugar, la protección de la parte débil de la relación es otro de los objetivos de política legislativa que comparten la mayoría de ordenamientos. La validez de las cláusulas de elección de ley está sujeta a condiciones cuando el adquirente del bien digital ocupa una posición de debilidad en el contrato. Así, en UCITA, la Sec 109 (a) aclara que un acuerdo de elección de ley no será válido en un contrato de consumo si conlleva la inaplicación de una norma imperativa de la ley que resultaría aplicable en defecto del acuerdo⁴². Igualmente, en la Comunidad Europea, siempre que se cumplan las condiciones que establece el Art. 5.2 CR⁴³, la elección de la ley aplicable a una licencia internacional de uso de bienes digitales celebrada por un consumidor no puede

⁴⁰ Así interpreta la doctrina el Art. 5.2 del Convenio de Berna en aquellos casos en los que no estamos ante una infracción. *vid.* P. TORREMANS, “Copyright in English Private International Law in the Light of Recent Cases and Developments”, *IPRax*, 1998, pp. 495 – 505, esp. 497.

⁴¹ Cláusula de la *IBM Public License*.

⁴² *Section 109 (a): “However, the choice is not enforceable in a consumer contract to the extent it would vary a rule that may not be varied by agreement under the law of the jurisdiction whose law would apply under subsections (b) and (c) in the absence of the agreement”.*

⁴³ “2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3, la elección por las partes de la ley aplicable no podrá producir el resultado de privar al consumidor de la protección que le aseguren las disposiciones imperativas de la ley del país en que tenga su residencia habitual:

- si la celebración del contrato hubiera sido precedida, en ese país, por una oferta que le haya sido especialmente dirigida o por publicidad, y si el consumidor hubiera realizado en ese país los actos necesarios para la celebración del contrato, o
- si la otra parte contratante o su representante hubiera recibido el encargo del consumidor en ese país, o
- si el contrato fuera una venta de mercancías y el consumidor se hubiera desplazado de este país a un país extranjero y allí hubiera realizado el encargo, siempre que el viaje hubiera sido organizado por el vendedor con la finalidad de incitar al consumidor a concluir una venta”.

conllevar un menoscabo en la protección otorgada a este último por las disposiciones imperativas de la ley de su residencia habitual.

Sobre estos dos límites a la autonomía conflictual es posible afirmar que: a) perjudican los intereses de los titulares de derechos los cuales deben tener en cuenta la legislación sobre propiedad intelectual y sobre protección del consumidor establecida en cada uno de los países donde desea comercializar sus bienes digitales; b) los intereses de los usuarios se ven fortalecidos puesto que se les asegura, al menos, la protección que les ofrece la normas sobre excepciones a los derechos de autor y la normativa sobre contratos de consumo establecidas por la ley de su residencia habitual.

4.2 Condiciones impuestas por la normativa de derechos de propiedad intelectual

Las normas sobre propiedad intelectual que se deben tener en cuenta en las licencias de uso de bienes digitales son las que establecen las excepciones al derecho de exclusividad. Los titulares de derechos de autor deben tener presente estas normas tanto a la hora de redactar el clausulado contractual cuanto a la hora de configurar los mecanismos técnicos de protección de los bienes digitales.

4.2.1 La licencia, la fair use doctrine y las excepciones a los derechos de autor

Tal y como se ha analizado en el Epígrafe II, el derecho de exclusividad está limitado por una serie de excepciones. En ellas, el ordenamiento jurídico habilita a determinadas personas a llevar a cabo actos de explotación sobre la obra sin necesidad de una autorización del autor.

Ahora bien, ¿constituyen estas excepciones un condicionante para el titular de los derechos a la hora de redactar las licencias de uso de bienes digitales? ¿Pueden estas excepciones ser derogadas por los términos de la licencia?. Por ejemplo: ¿puede un contrato obligar a un usuario a renunciar a llevar a cabo actos de reproducción de la obra para uso privado a los que le autoriza la ley?, ¿Puede una persona renunciar a su derecho a llevar a cabo actos de ingeniería inversa en el software que ha adquirido para lograr su compatibilidad con otros programas de ordenador?⁴⁴.

⁴⁴ Así, por ejemplo, Apple Computer incluye en sus licencias de software de sistema para único usuario la siguiente cláusula: “[...] Salvo lo expresamente permitido en esta licencia, usted *no puede copiar, descompilar, invertir o desensamblar el Software Apple*, como tampoco modificar o crear trabajos derivados o basados en el Software Apple ni en ninguna de sus partes”.

Para responder a estas preguntas es necesario tener en cuenta la naturaleza jurídica que poseen las normas que regulan las excepciones al derecho de exclusividad en cada uno de los ordenamientos jurídicos. ¿Se trata de disposiciones dispositivas o imperativas? ¿Admiten el pacto contractual en contrario o no?.

En los Estados Unidos, los derechos de autor están regulados por una ley federal – *Title 17 United State Code* – mientras que la normativa sobre contratos viene establecida por la ley de cada uno de los Estados. En principio, de acuerdo con la doctrina de la *copyright preemption*, si una ley estatal sobre contratos conllevara una modificación en la extensión de los derechos atribuidos sobre una obra, la ley federal sobre derechos de autor prevalecerá⁴⁵. Ahora bien, resulta generalizada la admisión por los tribunales de las cláusulas contractuales por las que se renuncia a llevar a cabo actos que, en principio, estarían permitidos por la ley en base a la *fair use doctrine*⁴⁶. La justificación de que en estos casos no se aplique la *copyright preemption* es que los contratos sólo despliegan efectos *inter-partes*, mientras que las leyes estatales poseen una aplicación general. Las partes son libres de configurar sus relaciones de la manera que consideren más adaptada a sus intereses.

Si bien es cierto que esta jurisprudencia puede ser objeto de crítica por desconocer por completo todos aquellos objetivos de política legislativa que se esconden detrás del sistema de derechos de autor, la conclusión a la que se debe llegar es que las excepciones al derecho de exclusividad no son imperativas en EEUU y, por consiguiente, no condicionan el contenido de las licencias de bienes digitales.

En la Comunidad Europea, la respuesta a esta cuestión puede variar de un ordenamiento a otro puesto que la finalidad de las directivas sobre derechos de autor es armonizar, pero no unificar, las leyes de los Estados miembros. Ahora bien, aunque no existe un régimen jurídico uniforme sobre propiedad intelectual, a partir de las directivas se pueden realizar una serie de afirmaciones generales.

En Derecho comunitario sólo existen dos disposiciones que otorgan un carácter imperativo a las excepciones al derecho de exclusividad. Por un lado, el Art. 15 Directiva 96/6 sobre la protección de las bases de datos – titulado “carácter imperativo de determinadas disposiciones” – establece que “serán nulos de pleno derecho cualesquiera pactos contrarios a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 6 y en el artículo 8”⁴⁷. Por otro lado, el Art. 9.1 *in fine* de la Directiva 91/250 declara que “cualquier disposición contractual que sea contraria a lo dispuesto en el artículo 6 o

⁴⁵ Sentencia de la Corte Suprema *Vault v. Quaid Software*, 847 F.2d 255. En la doctrina, *vid.* N. ELKIN-KOREN, “Copyright Policy and the Limits of the Freedom of Contract”, en **Berkeley Technology Law Journal**, vol. 12, 1997, p. 93 – 113.

⁴⁶ Sentencia Court of Appeals *Pro CD c. Zeidenberg*, 86 F3d, 1447 (7th Cir. 1996). En la doctrina, M. O’ROURKE, “Drawing the Boundary Between Copyright and Contract: Copyright Preemption of Software License Terms”, **Duke Law Journal**, vol. 45, 1995, pp. 479 – 558, esp. 482.

las excepciones contenidas en los apartados 2 y 3 del artículo 5 se considerará nula y sin valor ni efecto alguno”⁴⁸.

Ninguna otra norma comunitaria en materia de derechos de autor, establece nada al respecto. Así, por ejemplo, el Art 5 de la Directiva 2001/29 no indica, en ningún momento, si las excepciones al derecho de exclusividad – Art. 5 – poseen un carácter dispositivo o imperativo. De las más de veinte excepciones y limitaciones recogidas en esta disposición, sólo una – la establecida en el apartado 1 en relación con los actos de reproducción necesarios para la transmisión digital – es de obligada incorporación a las leyes internas de los Estados miembros. En cualquier caso, ni tan siquiera en esta excepción se dice si los legisladores nacionales están obligados, a la hora de su incorporación al Derecho interno, a otorgarle un carácter imperativo.

A mi modo de ver, la ausencia de una norma estableciendo la inderogabilidad de las excepciones en el contrato invita a pensar que el legislador comunitario desea que estas normas sean dispositivas. De no ser así, hubiera establecido una norma que declarara ese carácter imperativo tal y como ha hecho en muchas otras materias como, por ejemplo, el Derecho de la competencia⁴⁹, la protección de los agentes comerciales⁵⁰ o, tal y como se verá más adelante, la protección del consumidor.

Se puede defender que la posibilidad de derogar las excepciones al derecho de exclusividad en las licencias de uso de bienes digitales resulta necesario para garantizar una efectiva protección de los derechos de autor. En este sentido, se afirma que si las licencias permitieran a los adquirentes de bienes digitales realizar una copia para uso privado correrían el riesgo de ver mermadas sus posibilidades de negocio: si un usuario realiza una copia puede ponerla a disposición en Internet al resto de usuarios por lo que el número de futuros adquirentes va a disminuir.

Ahora bien, el carácter dispositivo de las excepciones también conlleva una distorsión del llamado *copyright balance*. Las excepciones al derecho de exclusividad están destinadas a equilibrar los intereses de los titulares de derechos y los de la sociedad en general. Si las mismas pueden ser derogadas por contrato, ese

⁴⁷ Estas disposiciones se refieren a los actos necesarios para el acceso y utilización de la base de datos y el derecho del usuario a extraer y utilizar partes no sustanciales de la misma.

⁴⁸ El Art. 6 se refiere a los actos de descompilación de software con fines de interoperabilidad mientras que el Art. 5.1 y 2 regula el derecho de usuario a realizar una copia de seguridad del programa de ordenador y a estudiar su funcionamiento con el fin de extraer los principios e ideas subyacentes, respectivamente.

⁴⁹ El carácter imperativo se deriva de la sanción que lleva aparejada la infracción de estas normas: nulidad de pleno Derecho del acuerdo o práctica restrictiva de la competencia (Art. 81.2 Tratado de la Comunidad Europea).

⁵⁰ Art. 5 Directiva 86/653/CEE del Consejo de 18 de diciembre de 1986 relativa a la coordinación de los derechos de los Estados Miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes (DOCE L 382, 31 diciembre 1986) y STJCE de 9 noviembre de 2000, C- 381/98, *Ingmar c. Eaton*, Rec. 2000, pp. I-9305 y ss.

equilibrio se rompe. Se sobreprotegen los intereses de los titulares de derechos en detrimento de los de la comunidad en general y de los usuarios⁵¹.

4.2.2 Los mecanismos técnicos de protección del bien digital, la fair use doctrine y las excepciones a los derechos de autor

La posibilidad del usuario de llevar a cabo actos cubiertos por las excepciones al derecho de exclusividad no sólo puede prohibirse en el contrato sino también – y de una manera más eficaz – mediante medidas tecnológicas de protección. Efectivamente, aunque el contrato no diga nada, los bienes digitales pueden incorporar dispositivos que impiden al usuario realizar ciertos tipos de actos.

En tales supuestos, si el contrato no lo prohíbe expresamente, ¿puede el usuario neutralizar las medidas técnicas de protección para llevar a cabo actos sobre el bien digital autorizados por una excepción al derecho de exclusividad? Así, por ejemplo, cabe preguntarse si resultaría permitida la utilización de un programa de ordenador que neutraliza un dispositivo en un DVD o un CD de música para poder realizar una copia para uso privado en el disco duro de un ordenador o en otro CD.

En ocasiones, esta neutralización puede ser necesaria no para disfrutar de una excepción sino, sencillamente, para poder utilizar el DVD o el CD: a) los DVD llevan un código por el cual sólo pueden ser visualizados en lectores comercializados en determinadas regiones del planeta, ¿se puede neutralizar ese código para poder ver el DVD en lectores de otras regiones?; b) en ocasiones, los CD musicales o los DVDs no pueden hacerse funcionar en ordenadores o bajo determinados sistemas operativos – Linux –, ¿se pueden eludir esos dispositivos para que el usuario pueda utilizar el DVD o CD que ha adquirido legalmente?.

Si atendemos al Art. 11 TDA, la respuesta a todas estas preguntas debe ser afirmativa. Efectivamente, la disposición obliga a los Estados a castigar los actos de elusión de mecanismos técnicos de protección que restrinjan actos que: a) no estén autorizados por los autores o (b) no estén permitidos por la Ley”. *A sensu contrario*, la elusión de mecanismos que protegen de actos que *están* permitidos por la Ley *no debe ser castigada*⁵².

No obstante, ni la legislación de Estados Unidos ni la Directiva 2001/29 parecen haber tenido en cuenta esta disposición convencional a la hora de regular la materia⁵³.

En los Estados Unidos, en 1998, se adoptó la *Digital Millenium Copyright Act* (DMCA) con la finalidad de adaptar el *Title 17 USC* al TDA. La *Section 1201*

⁵¹ Vid. T. VINJE, “Copyright Imperilled?”, *EIPR*, vol. 4 1999, pp. 192 – 207, p. 195; C. M. CORREA, “Fair Use in the Digital Era”, *IIC*, vol 33, 2002, pp. 570 – 585, esp. 582; P. de MIGUEL ASENSIO, *Derecho Privado*. 2004, p. 225.

⁵² Vid. A. LEPAGE, *Overview*, 2003, p. 8.

prohíbe la elusión de medidas técnicas de protección que controlan el acceso a una obra o protegen los derechos del titular sobre la obra. También se castiga el tráfico de mecanismos de elusión.

Existen una serie de actos de elusión a los que no les resulta aplicable la prohibición, pero son muy escasos. En primer lugar, los realizados con la finalidad de identificar y analizar aquellos elementos de un programa de ordenador que son necesarios para lograr su interoperabilidad. Tales actos sólo resultan exceptuados si son realizados por el adquirente legítimo del software, por lo que su ámbito de actuación resulta muy reducido. En segundo lugar, tras las modificaciones incorporadas por la *Digital Media Consumers' Right Act* (DMCRA), en 2003, dejan de sancionarse ciertos actos de elusión de mecanismos de protección siempre que no estén destinados a cometer una infracción de derechos de autor. En principio, puede interpretarse que esta disposición permitiría la neutralización de dispositivos técnicos para poder hacer funcionar un CD musical o un DVD en un lector con un código de región distinto, en cualquier ordenador, o en cualquier sistema operativo.

En análisis de la cuestión en la regulación de la Comunidad Europea exige distinguir entre los programas de ordenador y el resto de bienes digitales.

Para los primeros, la protección frente a los actos de elusión de los dispositivos técnicos está regulada en el Art. 7 de la Directiva 91/250. En él se castiga: “a) la puesta en circulación de una copia de un programa de ordenador conociendo o pudiendo suponer su naturaleza ilegítima; b) la tenencia con fines comerciales de una copia de un programa de ordenador, conociendo o pudiendo suponer su naturaleza ilegítima; o (c) la puesta en circulación o tenencia con fines comerciales de cualquier medio cuyo único propósito sea facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se hubiere utilizado para proteger un programa de ordenador”. Como puede observarse, la disposición no castiga el acto de elusión como tal por lo que, mientras no se cometa una infracción de derechos, está permitido. En este mismo sentido se expresa el considerando 50 de la Directiva 2001/29 cuando recuerda que las disposiciones sobre mecanismos técnicos de protección de ese instrumento no resultan aplicables en materia de programas de ordenador⁵⁴. Asimismo,

⁵³ Y ello aunque el primer país ya haya ratificado el Tratado y la Comunidad Europea y sus Estados miembros estén dispuestos a hacerlo en cuanto hayan terminado de incorporar la Directiva en cuestión a sus legislaciones internas.

⁵⁴ “[La] protección jurídica armonizada [de las medidas técnicas de protección] no afecta a las disposiciones específicas de protección previstas en la Directiva 91/250/CEE. En concreto, no debe aplicarse a la protección de medidas tecnológicas utilizadas en relación con programas informáticos, la cual está contemplada exclusivamente en dicha Directiva. Tampoco debe impedir ni obstaculizar el desarrollo o la utilización de cualquier medio destinado a neutralizar una medida tecnológica necesaria para hacer posibles actos realizados de conformidad con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 5 y en el artículo 6 de la Directiva 91/250/CEE. Los artículos 5 y 6 de dicha Directiva establecen únicamente excepciones a los derechos exclusivos a los programas informáticos.

se destaca que dichas medidas “no deben impedir ni obstaculizar el desarrollo o la utilización de cualquier medio destinado a neutralizar una medida tecnológica necesaria para hacer posibles actos realizados de conformidad con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 5 y en el artículo 6”.

Para el resto de bienes digitales, el Art. 6.4 de la Directiva 2001/29 establece que sin perjuicio de la protección jurídica otorgada contra la elusión de mecanismos técnicos de protección, los Estados miembros deben tomar las medidas pertinentes “para que los titulares de los derechos faciliten al beneficiario de [ciertas] excepciones o limitaciones establecida por el Derecho nacional⁵⁵, los medios adecuados para disfrutar de las mismas, en la medida necesaria para ese disfrute, siempre y cuando dicho beneficiario tenga legalmente acceso a la obra o prestación protegidas”. Entre otras, estas medidas deben adoptarse para habilitar el ejercicio de la excepción de copia privada si bien, en este caso, los titulares de los derechos pueden limitar el número de reproducciones que se pueden hacer. Ahora bien, de acuerdo con el párrafo 4 del Art. 6.4, ninguna de estas disposiciones resulta aplicable a bienes digitales “puestos a disposición del público, con arreglo a lo convenido por contrato, de tal forma que personas concretas del público puedan acceder a ellas desde un lugar y en un momento que ella misma haya elegido”. En tales supuestos, que se corresponden con la descarga de bienes digitales de sitios web, ya sea para su adquisición o como parte de un servicio de descarga de música o de *video on demand*, el disfrute de las excepciones por los beneficiarios se hace depender de lo “convenido por contrato”.

Como puede observarse, la Directiva establece distintas condiciones en relación con las medidas técnicas de protección y las excepciones al derecho de exclusividad según la obra digital sea distribuida en soportes tangibles o sea descargada desde un sitio web accesible en Internet. En el primer caso, el titular de los derechos está condicionado a incorporar medidas técnicas de protección que permitan al usuario disfrutar, hasta cierto punto, de las excepciones al derecho de exclusividad. En el segundo caso, el titular no resulta condicionado puesto que el disfrute de las excepciones depende de lo convenido por contrato. Por consiguiente, si el titular lo desea, puede impedir a los usuarios de bienes digitales el disfrute de las excepciones al derecho de exclusividad.

La aplicación de estas disposiciones por los tribunales de los Estados miembros no parece estar siguiendo, sin embargo, estos cauces reguladores. En Francia, los tribunales han sostenido la legalidad de mecanismos técnicos de protección que impiden a los usuarios, por completo, llevar a cabo actos de copia privada. En el

⁵⁵ En concreto las establecidas de conformidad con las letras a), c), d), y e) del apartado 2 del artículo 5 o con las letras a), b) y e) del apartado 3 del mismo artículo.

caso “*Mulholland Drive*”⁵⁶, la *Cour de cassation* consideró, de manera contraria a lo que se había decidido en las instancias inferiores, que el ejercicio de la excepción de copia privada en el entorno digital puede perjudicar los intereses legítimos del titular de los derechos y la explotación normal de la obra. Por consiguiente, la utilización de estos dispositivos está justificada. En Bélgica⁵⁷ también se ha sostenido la legalidad de estos mecanismos con base en que la copia privada es una excepción al derecho de exclusiva, pero no un derecho de los usuarios cuyo disfrute deba garantizarse en todos los supuestos. En ninguno de las dos sentencias se tuvo en cuenta que la Directiva comunitaria – la cual todavía no había sido incorporada en ninguno de los dos Estados en el momento de adoptar las sentencias– obliga a que los mecanismos técnicos de protección permitan un número limitado de copias.

Resumiendo, se puede afirmar que los ordenamientos tampoco imponen a los titulares de derechos un gran número de condiciones a la hora de diseñar los mecanismos técnicos que protegen los bienes digitales que son objeto de licencias. De nuevo queda demostrada la sobreprotección de los intereses de los titulares de derechos, por la normativa de propiedad intelectual, en detrimento de los de la comunidad en general y de los usuarios.

4.2.3 Condiciones impuestos por la normativa sobre contratación

Una vez visto que los condicionantes impuestos por las legislaciones de propiedad intelectual sobre el contenido de las licencias de uso de bienes digitales son más bien escasos, procede analizar, a continuación, cuales son los establecidos por la normativa sobre contratación.

Para ello, debe tenerse en cuenta que existen ciertas normas aplicables a las licencias de uso de bienes digitales en general y otras que únicamente resultan aplicables a las licencias celebradas por consumidores.

4.2.3.1 Normas generales: validez de las licencias Shrink-Wrap, Click-Wrap y Web-Wrap e incorporación al contrato de los términos de la licencia

Tal y como se ha explicado, la mayoría de licencias de uso de bienes digitales se perfeccionan mediante las modalidades *shrink-wrap*, *click-wrap* o *web-wrap*. Su utilización puede presentar dos problemas: ¿se consideran válidos estos contratos? ¿se pueden hacer valer los términos de estas licencias ante los tribunales?

⁵⁶ Sentencia de la **Cour de Cassation**, 28 febrero 2006, disponible en <http://www.courdecassation.fr/agenda/agenda_new/I-2006-02-28-0515824-0516002-Dcision-civ1.htm>.

⁵⁷ Sentencia de la **Cour d’Appel Bruxelles**, 9 septiembre 2005. <http://www.droit-technologie.org/4_1.asp?jurisprudence_id=195>.

La primera cuestión se presenta por diversas razones. En primer lugar, debido a la novedad que suponía la utilización de Internet para las relaciones jurídicas surgieron dudas acerca de la validez jurídica de los contratos electrónicos. En Europa, hasta que entró en vigor la Directiva 2000/31 sobre comercio electrónico⁵⁸, existió cierta incertidumbre acerca del valor jurídico atribuible a los contratos celebrados mediante el intercambio de correos electrónicos o mediante las modalidades *click-wrap* o *web-wrap*. Esta incertidumbre desaparece desde el momento en que el Art. 9.1 de esa Directiva obliga a los Estados miembros a velar “por que su legislación permita la celebración de contratos por vía electrónica”. Con esta misma finalidad, en los Estados Unidos, a la vez que se adoptaba UCITA, se adoptó la *Uniform Electronic Transactions Act* (UETA)⁵⁹.

En segundo lugar, la existencia de ciertas normas que imponían requisitos formales de imposible cumplimiento en el mercado electrónico cuestionaba la validez de estos contratos. Así, por ejemplo, hasta hace no mucho tiempo, el Art. 47 de la Ley española 7/1996 de ordenación del comercio minorista⁶⁰ obligaba al profesional de las ventas a distancia a confirmar por escrito al consumidor de los términos del contrato. Disposiciones como ésta han sido modificadas para garantizar, tal y como obliga la Directiva 2000/31 que “el régimen jurídico aplicable al proceso contractual no entorpece la utilización real de los contratos por vía electrónica, ni conduce a privar de efecto y de validez jurídica a este tipo de contratos en razón de su celebración por vía electrónica”. Asimismo, tanto en Europa, como en Estados Unidos – *Section 8 UETA*⁶¹ –, o en los convenios internacionales, resulta generalmente aceptada la equiparación del “documento escrito” al documento en “cualquier soporte duradero que resulte accesible para su ulterior consulta”⁶².

⁵⁸ Directiva 2000/31 del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la Sociedad de la Información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre comercio electrónico), (DOCE 178, de 17 Julio 2000, p. 1).

⁵⁹ Disponible en: <<http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/fnact99/1990s/ueta99.htm>>.

⁶⁰ BOE num 15 de 17 enero 1996 modificada por Ley 47/2002, de 19 diciembre (BOE num 304, de 20 diciembre 2002).

⁶¹ *Section 8. (a) If parties have agreed to conduct a transaction by electronic means and a law requires a person to provide, send, or deliver information in writing to another person, the requirement is satisfied if the information is provided, sent, or delivered, as the case may be, in an electronic record capable of retention by the recipient at the time of receipt.*

⁶² En este sentido puede consultarse la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales de Junio 2005. disponible en <http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/electronic_commerce/2005Convention.html>. Su Art. 9.2. establece que “cuando la ley requiera que una comunicación o un contrato conste por escrito, o prevea consecuencias en el caso de que eso no se cumpla, una comunicación electrónica cumplirá ese requisito si la información consignada en su texto es accesible para su ulterior consulta”.

Por último, muchos autores se han cuestionado hasta qué punto el acto de clicar un icono en la pantalla de un ordenador era suficiente para considerarlo una manifestación del consentimiento y, por lo tanto, suficiente para el perfeccionamiento del contrato⁶³. En principio, la autonomía de la voluntad en materia contractual alcanza, también, a la forma del contrato. Las partes son libres de determinar la forma en la que quieren expresar su consentimiento⁶⁴. Por consiguiente, si el contrato establece que el clickeo de un icono en la pantalla implica aceptación, su realización conllevará el perfeccionamiento del contrato. Cuestión distinta es, como se ve a continuación, si los términos de ese contrato, resultarán incorporados al mismo.

La segunda cuestión anunciada es la más problemática. Las *shrink-wrap*, *click-wrap* o *web-wrap* son formas válidas de celebración del contrato. No obstante, la manera en que éstas se llevan a cabo pueden ocasionar que el usuario: a) no tenga conocimiento de que el acto de clicar o de rasgar el envoltorio implica el perfeccionamiento de un contrato; b) no llegue a conocer el contenido de las cláusulas predispuestas unilateralmente por el titular de los derechos en el contrato antes de la realización del acto de aceptación.

Naturalmente esto constituye un peligro para los intereses de la parte débil de la relación. Una persona puede estar perfeccionando un contrato que él, realmente, no quería concluir. Del mismo modo, el usuario puede estar aceptando un contrato regulado por unas cláusulas abusivas o, sencillamente, por unas condiciones que, de haberlas conocido, no hubiera aceptado. Tanto la Comunidad Europea como Estados Unidos han adoptado medidas para aminorar estos problemas.

En Europa, deben tenerse en cuenta dos disposiciones de la Directiva 2000/31. Por un lado, según el Art. 10.1, el titular de los derechos debe facilitar, antes de que el destinatario del servicio efectúe un pedido, información acerca de los diferentes pasos técnicos que deben darse para celebrar el contrato. Por otro lado, el Art. 10.3 establece la obligación de hacer disponibles las condiciones generales del contrato de tal manera que el usuario pueda almacenarlas y reproducirlas.

De manera adicional, los titulares de derechos deben prestar atención a la normativa sobre condiciones generales de la contratación. Se entienden por tales aquéllas que son unilateralmente impuestas por un profesional y que son utilizadas de manera general para comercializar sus productos. Aunque no existe una regulación comunitaria en la materia, las legislaciones nacionales de los Estados miembros parecen establecer los mismos requisitos para otorgarles validez: a) el usuario debe ser informado de que el contrato que está celebrando está regulado por condiciones

⁶³ Al respecto, *vid.* J. C. APARICIO VAQUERO, **Licencias de Uso**. 2004, p. 92 ss y toda la bibliografía allí citada.

⁶⁴ *Vid.*, J. C. APARICIO VAQUERO, **Licencias de Uso**. 2004, p. 144.

generales; b) el usuario debe tener la oportunidad de revisar el contenido de esas condiciones antes manifestar su consentimiento⁶⁵.

El cumplimiento de estos requisitos puede resultar problemático en las licencias *shrink-wrap* y *click-wrap*. Si el usuario se ve obligado a rasgar el envoltorio del paquete o se ve obligado a clicar en el icono “Acepto” sin haber tenido opción de revisar el contenido de las cláusulas de la licencia – por ejemplo, porque éstas vienen dentro del paquete o porque sólo son mostradas una vez instalado el software – al menos el segundo requisito no se cumple. Del mismo modo, en las licencias *web-wrap*, este requisito tampoco se cumple si las cláusulas no vienen expuestas en la misma página en la que se debe llevar a cabo el acto de aceptación – marcar una casilla, clicar en el icono “Acepto” o, sencillamente, empezar la descarga del bien digital –, o en una página web que se abre automáticamente al acceder al formulario de pedido, o en una página a la que se accede mediante un hipervínculo que no deja lugar a dudas de que allí se contienen las cláusulas que rigen la contratación.

La sanción que se deriva del incumplimiento de estos requisitos es que las condiciones generales no se incorporan al contrato. En la medida en que la nulidad no afecte a los elementos esenciales de la licencia de uso de bienes digitales, ésta seguirá existiendo, pero su regulación se determina a partir de la normativa general de la contratación aplicable de forma supletoria.

En Estados Unidos, la posibilidad de hacer valer ante los tribunales las cláusulas de la licencias – *enforceability* – está regulada por las *Sections* 110, 114, 208 (2) y 209 de UCITA. En principio, las disposiciones que gobiernan las *mass-market licenses* y los *web-wrap agreements* son similares a las establecidas en Europa. Tan sólo la primera disposición, aplicable a las licencias de software en general, establece que las condiciones generales pueden presentarse, para su aceptación, una vez que el usuario ha adquirido el software y ha empezado a utilizarlo – *shrink-wrap* o *click-wrap* – siempre que resultara razonable para las partes esperar que la transacción se rigiera por condiciones que son dadas a conocer en un momento posterior a la celebración del contrato. En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que UCITA no ha sido adoptada por la mayoría de Estados y que la abundante jurisprudencia sobre este tipo de contratación difiere, en parte, en lo que respecta a estas disposiciones⁶⁶.

⁶⁵ Arts. 5 y 7 Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (BOE num 89, de 14 abril 1998); Art. 305 del *BGB* alemán, Arts. 1341 y 1342 Código civil italiano, Arts. 6:233 del *BW* holandés, Art. 113 y 133-2 del *Code de la consommation* francés.

⁶⁶ En *Specht c. Netscape Communications* (Sentencia del SD NY, July 3, 2001, Nota de R. STERN en *EIPR* num 23, vol 10, 2001, pp. 155-157 y de H. K. TOWLE en *CRI*, vol 5, 2001, pp. 147 - 152) se consideró que la cláusula arbitral contenida en las condiciones generales no era invocable, ya que no se exigía a los usuarios visualizar el *web-wrap agreement* antes de descargar el programa, por lo que no podían tener conocimiento de las mismas con anterioridad al perfeccionamiento del mismo. Otro caso más actual referido a la invalidez de una cláusula compromisoria incluida en un *web-wrap agreement*

La conclusión que se puede extraer de esta normativa es que, por un lado, favorece los intereses de los titulares de derechos puesto que facilita la celebración de licencias de uso de bienes digitales por medios electrónicos. No obstante, por otro lado, se les obliga a configurar sus contratos de una manera determinada, circunstancia perjudica sus intereses pero que beneficia a los usuarios de bienes digitales, considerados parte débil de la relación. Esta protección del usuario resulta todavía más evidente en la legislación de protección del consumidor.

4.2.3.2 La normativa de protección del consumidor

En muchas ocasiones, las licencias de uso de bienes digitales tienen la condición de “contratos celebrados por consumidores”⁶⁷. En la legislación comunitaria se entiende por tales los celebrados por una persona física “con una finalidad ajena a su actividad profesional” o, dicho de otra manera, para disfrutarlos en un ámbito privado.

Mientras que en el Derecho estadounidense la normativa de protección del consumidor es ciertamente escasa, en el Derecho comunitario existe un buen número de instrumentos sobre la materia. La necesidad de proteger los intereses económicos de los consumidores, en su condición de parte débil de la contratación, está incluso reconocida en el Tratado de la Comunidad Europea (Art. 153).

De entre todas las directivas comunitarias existentes, resultan aplicables a las licencias de uso de bienes digitales las siguientes: Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas⁶⁸, Directiva 99/44 sobre garantías sobre bienes de consumo⁶⁹ y Directiva

es *Comb v. PayPal* (2002 US District, LEXIS 16364). En *TicketMaster v. Tickets.com* (2002, US District LEXIS 4553) el tribunal indicó que la mera colocación de un link a las condiciones generales no indica la existencia de consentimiento a las mismas, al no existir prueba de que el adherente haya accedido a las mismas. También se admitió la cláusula de sumisión en *Forrest c. Verizon Communications* (DC, No 01-CV-1101, de 29 agosto de 2002) y en *Hughes c. McMenamon y AOL* (Massachusetts Civil Action n. 2001-10981-RBC, 28 mayo 2002). En ambos casos el juez rechazó el argumento de que existía un “inadequate notice” (Vid. R. CASAMIQUELA, “Contractual Assent...”, 2002, p. 483). En cambio, en *Decker c. Circus Hotel* (F. Supp 2d 743, D N.J. 1999), a pesar de que la cláusula se exponía en otra página web, se aceptó su validez porque el hipervínculo no dejaba lugar a dudas sobre su aplicación al contrato. Del mismo modo, en *Caspi v. Microsoft* (LLC 323, N.J Super. 118, (App. Div) cert. denied, 162 N.J. 199(1999)) se aceptó la validez de la cláusula de sumisión porque, a medida que se iba tramitando el contrato, iban apareciendo ventanas con las condiciones generales que el usuario tuvo la oportunidad de revisar antes del perfeccionamiento. En cambio, si se admitió la validez de la cláusula de elección de foro. Vid. H. K. TOWLE, “Online Contract Formation by Conduct”, en *CRI*, vol 4, 2001, pp. 97 – 101.

⁶⁷ Art. 2 Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, (DOCE L 144, de 4 junio 1997, p. 19).

⁶⁸ Directiva 93/13/CE del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados por los consumidores. (DOCE L 95, 21 de abril 1993, p. 29).

⁶⁹ Directiva 99/44 sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (DOCE L 171/12 de 7 julio 1999).

97/7 sobre contratos a distancia. Todas ellas poseen una naturaleza imperativa por decisión expresa del legislador comunitario. De hecho, no se trata únicamente de disposiciones que no pueden ser derogadas por pacto en contrario en el contrato, sino que tampoco pueden dejar de ser aplicadas cuando las partes han elegido el Derecho de Estado no comunitario como aplicable al contrato⁷⁰.

De acuerdo con la Directiva 93/13, una cláusula de la licencia de uso predispuesta unilateralmente por el titular de los derechos se considerará abusiva si, “pese a las exigencias de la buena fe, causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato” (Art. 3.1)⁷¹. Dicha cláusula será nula y se tendrá por no puesta si bien, siempre que sea posible, el contrato continuará existiendo y el resto seguirá vinculando a las partes.

Asimismo, estas cláusulas deberán estar redactadas de forma clara y comprensible. En caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor (Art. 5).

La incidencia de estas disposiciones en las licencias de uso de bienes digitales es importante. Muchas de las cláusulas que actualmente se pueden encontrar en estas licencias son, sin duda alguna, abusivas⁷². Bien es cierto, en cualquier caso, que los titulares son conscientes de ello y asumen el riesgo. Son los problemas que se derivan de la utilización de un clausulado uniforme para la comercialización de los bienes digitales a nivel mundial. Las diferencias entre legislaciones conlleva que, en unos países esas cláusulas sean válidas, y en otros no. De hecho, en infinidad de ocasiones, son los propios titulares de derechos los que advierten a los usuarios que algunas de las disposiciones de la licencia pueden no resultar aplicables en el Estado en el que se encuentran⁷³.

La Directiva 99/44 sobre garantías sobre bienes de consumo establece la responsabilidad del titular de los derechos por la falta de conformidad del bien digital con el contrato. De acuerdo con el Art. 2, se considera que existe falta de conformidad: a) cuando el bien no se ajusta a la descripción realizada por el vendedor o no poseen las cualidades presentadas en forma de muestra o modelo; b) si no es apto para los usos a los que ordinariamente se destinan bienes del mismo tipo; c) si

⁷⁰ Art. 6.1 de la Directiva 93/13; Art. 12.1 de la Directiva 97/7; el Art. 7.1 de la Directiva 99/44.

⁷¹ El Anexo de la Directiva incluye un listado declarativo de cláusulas abusivas.

⁷² Así, por ejemplo, en el servicio de descarga de archivos musicales “iTunes”, la compañía se reserva “the right to change, suspend, remove, or disable access... at any time without notice”.

Hasta donde se ha podido conocer, todavía no ha sido testado ante los tribunales el carácter abusivo de las cláusulas contractuales que impiden a los usuarios disfrutar de las excepciones al derecho de exclusividad reconocidas por las normas de propiedad intelectual.

⁷³ Licencia de Borland JBuilder 6 Personal: “Some States do not allow the exclusion of implied warranties, so the above exclusion may not apply to you. This limited warranty gives you specific legal rights, and you may also have other legal rights, which vary from state to state”.

no es apto para un uso especial requerido por el consumidor que éste ha puesto en conocimiento del vendedor; d) si no presenta la calidad y las prestaciones habituales de un bien del mismo tipo que el consumidor puede fundadamente esperar, habida cuenta de la naturaleza del bien y, en su caso, de las declaraciones públicas sobre las características concretas de los bienes hechas por el vendedor, el productor o su representante, salvo que, en el momento de celebrar el contrato, hayan corregido dichas declaraciones.

En tales supuestos, el consumidor tiene derecho a exigir la reparación o la sustitución del bien sin cargo alguno y, subsidiariamente, la reducción adecuada del precio o la resolución del contrato de acuerdo con las reglas establecidas en los Arts. 3 a 5. Cuenta, para ello, de un plazo mínimo de dos años para ejecutar la garantía desde la entrega del bien – Art. 5.1.

Tal y como establece el Art. 7.1, las cláusulas contractuales o los acuerdos celebrados con el vendedor que excluyan o limiten directa o indirectamente los derechos conferidos por la presente Directiva se considerarán nulas de pleno Derecho. Por consiguiente, las cláusulas limitativas o exonerativas de responsabilidad por los defectos del bien digital que es corriente encontrar en estas licencias tienen una validez muy limitada.

Por último, la Directiva 97/7 resulta aplicable a las licencias de uso de bienes digitales celebradas mediante un medio de comunicación a distancia como, por ejemplo, Internet. En ella se establecen tres derechos que son irrenunciables para el consumidor.

Los dos primeros están destinados a garantizar que el usuario posea toda la información que se precisa para adoptar decisiones debidamente motivadas. Por un lado, previamente a la celebración del contrato, y con la antelación necesaria, se debe poner a su disposición una serie de datos sobre la identidad del proveedor; las características esenciales del bien o del servicio; su precio – incluidos todos los impuestos; gastos de entrega; modalidades de pago, entrega o ejecución; existencia de un derecho de resolución; o el plazo de validez de la oferta o del precio (Art. 4). Por otro lado, una vez celebrado el contrato, el usuario debe recibir confirmación por escrito o mediante cualquier otro soporte duradero así como información sobre la dirección del titular de los derechos donde se pueden presentar reclamaciones, los servicios post-ventas ofrecidos o el procedimiento para resolver el contrato (Art. 5).

El tercer derecho es el de resolución. De acuerdo con el Art. 6, los consumidores pueden rescindir el contrato sin penalización alguna y sin indicación de los motivos en el plazo de los siete días posteriores a la recepción del bien digital o la celebración del contrato cuando la licencia implique la prestación de un servicio de descarga de bienes digitales desde un sitio web. Ahora bien, salvo que el contrato disponga otra cosa⁷⁴, el usuario no puede ejercer este derecho cuando se trata de licencias de bienes digitales que tienen como objeto el suministro de grabaciones sonoras o de

vídeo, de discos y de programas informáticos, que hubiesen sido desprecintados por el consumidor o que hubiesen sido descargados de un sitio web (Art. 6.3).

Como puede observarse, las condiciones impuestas al titular de los derechos por la normativa de protección del consumidor son considerables. El juego de la autonomía de la voluntad se ve extremadamente limitado. Con ello se persigue proteger a la parte débil pero se generan considerables obstáculos a los titulares de bienes digitales para su comercialización a nivel internacional.

A modo de conclusión: apuntes para la búsqueda de un equilibrio entre los intereses de los titulares y de los usuarios

El análisis de la normativa aplicable a las licencias de uso de bienes digitales permite constatar dos datos contrapuestos. Por un lado, las normas de propiedad intelectual favorecen los intereses de los titulares de los derechos en perjuicio de los intereses de la comunidad en general y de los usuarios en particular. Esto es así porque las condiciones impuestas al juego de la autonomía de la voluntad a la hora de configurar estos contratos son muy escasas: las excepciones al derecho de exclusividad pueden ser derogadas por cláusulas del contrato o su ejercicio puede impedirse mediante la utilización de dispositivos técnicos de protección.

Por otro lado, la normativa sobre condiciones generales de la contratación y, sobre todo, la de protección de los consumidores favorecen los intereses de los usuarios de derechos. Con la finalidad de proteger sus intereses, las legislaciones – sobre todo de la Comunidad Europea – exigen que las licencias de uso de bienes digitales cumplan una serie de condiciones. Esta circunstancia perjudica los intereses de los titulares de derechos puesto que obstaculiza la comercialización de los bienes digitales al obligarles a prestar atención a las condiciones impuestas por una pluralidad de leyes.

Se podría pensar que esta situación es satisfactoria. El equilibrio entre los intereses de los titulares de derechos y de los usuarios se mantiene puesto que los perjuicios que generan una categoría de normas se ven compensados por los beneficios derivados de la otra.

Esta afirmación, sin embargo, no es aceptable. A mi modo de ver, a pesar de los obstáculos que produce, la normativa de protección del consumidor es inamovible. Además de su finalidad directa – protección de los intereses económicos de los consumidores –, estas normas cumplen una doble finalidad indirecta. Por un lado, el miedo a ser llevados ante los tribunales, debe servir de incentivo a los titulares a

⁷⁴ En Italia, el servicio de descarga de música “Tiscali Music Club” otorga a sus usuarios el derecho a “devolver” los archivos de música que se han descargado dentro de los siete días siguientes a su adquisición.

crear mejores productos y ofrecer mejores servicios – bienes digitales exentos de fallos, servicios interactivos rápidos y eficaces, etc –. Por otro lado, esta normativa favorece el comercio internacional de bienes digitales: la existencia de derechos irrenunciables reconocidos por los ordenamientos genera confianza en el consumidor hacia el comercio electrónico.

Lo que sí es modificable es la normativa de propiedad intelectual. Resulta necesario adaptar el equilibrio entre los intereses en presencia al entorno digital. Esto no significa ni que todas las excepciones deban tener una naturaleza imperativa ni que el ejercicio de todas ellas debe ser habilitado por los mecanismos técnicos de protección. Cada una de las excepciones debe ser objeto de un análisis particularizado.

En este sentido, debe determinarse si las excepciones cumplen con el criterio básico en la materia a la hora de ser aplicadas en el entorno digital: la prueba de las tres fases (Art. 11 TDA y 13 ADPIC). A aquellas que lo cumplan, se les debe atribuir un carácter imperativo de manera que no puedan ser derogadas por una disposición contractual en contrario. Asimismo, los mecanismos técnicos de protección deben adaptarse de tal manera que las personas legitimadas puedan beneficiarse de la excepción.

El disfrute de algunas de estas excepciones deberá garantizarse en todos los casos: así, por ejemplo, las que están garantizadas en la libertad de expresión o la libertad de prensa. Ahora bien, para otras excepciones, tanto el contrato como los dispositivos de protección deberían poder limitar su disfrute en atención, de nuevo, a la prueba de las tres fases. En este sentido, es coherente limitar el número de copias que el usuario puede realizar para un uso privado.

En principio, este análisis de la adecuación de las excepciones a la prueba de las tres fases deberían llevarlo a cabo los Estados respecto de sus leyes nacionales tomando como base los Arts. 10 TDA y 13 ADPIC. No obstante, como se ha señalado, ni la Comunidad Europea ni los Estados Unidos parecen haber tenido estas disposiciones en cuenta a la hora de regular la materia. Por ello, se hace necesaria una negociación a nivel internacional que, o bien armonice las excepciones a los derechos de autor, o bien establezca obligaciones más concreta a los Estados. En este sentido se expresa la propuesta recientemente presentada por Chile ante el Comité permanente de derechos de autor y derechos conexos de la OMPI⁷⁵. De esta manera se aseguraría un equilibrio entre los intereses de los titulares de derechos y de los de la comunidad y los usuarios, cuya validez se extendería a nivel internacional – puesto que estaría consensuado en un convenio internacional –, y que favorecería la seguridad jurídica de las licencias de uso de bienes digitales en el comercio internacional.

⁷⁵ Propuesta de Chile para el Análisis de las Excepciones y Limitaciones Doc SCCR/13/5 de noviembre de 2005.