

EL SOFTWARE EN EL DERECHO CIVIL Y MERCANTIL*

Dr. Miguel Hernández Terán

Peter Druker, autor de 27 libros, destaca en una de sus obras¹ que estamos en presencia de lo que denomina "La sociedad del conocimiento". Afirmo que "El conocimiento es hoy más esencial, para la riqueza de las naciones, que el capital o la mano de obra". Subraya también que "lo que necesitamos -y lo que va a definir a la persona educada, en la sociedad del conocimiento- es la capacidad de entender las diversas disciplinas del conocimiento, desde el derecho hasta la ciencia de la informática ¿de qué se trata cada una? ¿cuáles son sus fines? ¿cuál es el foco de su interés? ¿cuáles son sus teorías básicas? ¿qué conocimientos importantes ha producido? ¿cuáles son sus mayores zonas de ignorancia, sus problemas y sus retos?

Para que los poseedores del conocimiento se den a conocer es preciso que ellos mismos, los especialistas, asuman la responsabilidad de hacerse comprender junto a su propia especialidad. Los medios informativos. Ya sea las revistas, el cine o la televisión, pueden ayudar; sin embargo, estos no pueden hacer el trabajo, como tampoco lo puede hacer ningún otro medio de divulgación popular. Los que poseen el conocimiento deben ser entendidos como lo que son: gente seria, rigurosa y exigente. Además ese tipo de entendimiento solo se podrá adquirir si los líderes de cada una de las ramas del mismo -y, para empezar, los profesores versados en sus respectivas cátedras universitarias- asumen la responsabilidad de

* Texto de la conferencia sustentada por el autor, el 27 de enero de 1995 en la "I Jornada de Protección Jurídica y Defensa Profesional del Software", organizada por la Escuela de Sistemas Computacionales de la Facultad de Ingeniería de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1• Citada por la Revista "Alto Nivel", N° 1, de noviembre de 1994. Escuela Superior Politécnica del Litoral.

hacer que su conocimiento sea entendido y si están dispuestos a llevar a cabo el arduo trabajo que esto requiere".

Este pensador destaca la necesidad del conocimiento interdisciplinario de los mortales, en niveles básicos, para poder seguir el rumbo trazado por la indetenible evolución de las creaciones humanas, Y atribuye una frontal responsabilidad a aquellos sujetos poseedores del conocimiento, de compartirlo con sus semejantes.

Quienes hemos venido a disertar en esta dignísima tribuna universitaria buscamos cumplir con ese lógico cometido que cita Drucker. Claro está, no como especialistas, sino tan solo como gente bien intencionada.

El accionar del hombre. Su interrelación con los demás habitantes de categoría racional acarrió casi desde el inicio de la vida en la tierra la necesidad de un **orden** que le permitiera hacer de su existencia en comunidad lo más llevadera posible. El nacimiento y la evolución de las diversas ramas del derecho se dio y se sigue dando en la medida que el hombre desarrolla nuevas conductas, nuevos comportamientos, satisface curiosidades, cumple ambiciones.

La experiencia le enseñó al hombre primitivo que el poseer bienes le era útil para la satisfacción de sus necesidades esa conscientización, más sólida con el devenir del tiempo, estímulo en el esfuerzo por la acumulación de esos recursos. Y entonces buena parte del objetivo del hombre, de su corriente accionar, fue la acumulación de esos bienes indispensables para atender sus requerimientos. Surge, pues, la propiedad, y con ella la necesidad de regularla. De normar su adquisición, su enajenación, etc. Al hablar de la regulación de la propiedad estamos refiriéndonos a uno de los aspectos fundamentales del contenido del derecho civil: El **patrimonio**. Los otros puntos los constituyen la **responsabilidad** y la **familia**.

Entonces, señores, el contenido del derecho civil, su campo de aplicaciones es: el patrimonio, la personalidad y la familia.

El derecho civil, como todo en la vida, aunque no con la misma dinámica, evoluciona.

El derecho atravieza etapas que hoy consideramos sombrías, como la de considerar que el rey, que el Estado, eran incapaces de producir daños a los gobernados. Incluso se llegó a considerar sacrilegio al ciudadano que imputara al rey responsabilidad por los daños causados, pues se entendía que el poder terrenal del soberano emanaba de la divinidad. Luego viene una etapa en la que se llegó a reconocer responsabilidad pero a cargo de los funcionarios del Estado, mas no del Estado en sí. El siguiente estadio admite la responsabilidad patrimonial del Estado pero solo en los actos de gestión, esto es, aquellos actos en los que el accionar estatal se normaba por el mismo estatuto que el de los particulares. Respecto de los actos de autoridad el Estado era absolutamente irresponsable. Finalmente, se reconoce la plena responsabilidad estadual o estatal. Se arriba, pues, al estado **de derecho**. Este último concepto es delimitado con acierto por Alessandri y Somarriva en su "Curso de Derecho Civil"² : "El régimen de Estado de derecho significa que tantos gobernantes como gobernados deben someterse en su obrar, no al capricho o la conveniencia de cada cual, sino a normas jurídicas precisas y establecidas de antemano. Los gobernantes deben conformarse a esas reglas no solo cuando se trate de determinar los derechos de los gobernados entre sí, unos respecto de otros, sino también cuando se trata de circunscribir los poderes de los gobernantes frente a los administrados. Y este último aspecto el problema es mas espinudo, porque al fin de cuentas se traduce en que el poder público se autolimita su función de crear y sancionar el derecho".

Cuando en este pasaje hemos hablado de responsabilidad nos hemos referido fundamentalmente al concepto civil de la misma; esto es, lo que en una de nuestras obras conceptuamos como la obligación **jurídica que tiene un sujeto de derecho de resarcir los perjuicios que ha soportado otro individuo, capaz o incapaz**. En términos más sencillos: La obligación de indemnizar.

El patrimonio ha sido y es uno de los puntos capitales de la existencia humana. La lucha por su amasamiento apasiona al animal racional, al punto que lo lleva en repetidos casos a delinquir, a unirse sin afecto a una pareja, etc. Esa trascendencia que desde siempre ha tenido el

2. "Parte General y los Sujetos de Derecho". Primera parte, página 12. 1971.

patrimonio para los mortales ha llevado al legislador desde hace muchos siglos a reconocer en el ordenamiento jurídico de los Estados la transmisión. -no digo transferencia, porque la transferencia se da por acto entre vivos, y la transmisión por causa de muerte- del patrimonio en favor de ciertas personas llamadas herederos, las cuales, por regla general, solo por el hecho de tener cierta relación de parentesco o matrimonial, se hacen merecedoras de los bienes que una persona tenía mientras vivía.

En el caso ecuatoriano -como en múltiples países- este reconocimiento no se da únicamente a nivel legal. Va más allá. El derecho a la transmisión de los bienes alcanza niveles constitucionales. En efecto, el artículo 24 de la carta fundamental determina que, con las limitaciones legales, se garantiza el derecho de testar y de heredar. Es decir, el derecho sucesorio, parte del derecho civil, tiene raíces constitucionales, valga la insistencia la gran dinámica de la evolución de la humanidad -el accionar del hombre en definitiva- conlleva, pues, la necesidad de una normativa que regule las diversas facetas de ese accionar, en orden a mantener la tranquilidad, la paz entre los habitantes de las diversas comunidades nacionales. Ese desarrollo de la actividad humana, como decía, plantea un llamado a la ciencia jurídica para que instaure y desenvuelva nuevas disciplinas lo suficientemente idóneas para mantener el orden. El derecho ha acudido a ese llamado; se han creado una serie de categorías jurídicas como el derecho aeronáutico, de la navegación, industrial, societario, de integración, etc. Pero, señores de este auditorio, autoridades universitarias, por regla general, las más diversas disciplinas jurídicas reconocen la existencia de la propiedad privada, y con ello uno de los puntos fundamentales del estudio del derecho civil: El patrimonio. Vale decir, la humanidad evoluciona, el derecho evoluciona, se crean y se desarrollan nuevas disciplinas jurídicas, pero el contenido de esas variadas categorías -a veces más, a veces menos- reconoce la existencia del derecho civil, e incluso se remite a él para la regulación de ciertos aspectos. Por esto último se habla de la subsidiaridad del Derecho Civil, y puntualmente del Código Civil. Subsidiaridad que, por cierto, se encuentra establecida en el artículo 4 de tal cuerpo legal ecuatoriano.

En cuanto al Derecho Mercantil debo decir que esta rama tiene propiedades que le permiten distinguirse del Derecho Civil, pero

desde ningún punto de vista podría afirmarse que lo desconoce. El Derecho Civil, el Código Civil es supletorio del Derecho Mercantil.

Para captar cuál es el objeto de estudio del Derecho Mercantil, daremos algunos lineamientos capitales determinados por la doctrina jurídica³:

- El Derecho Mercantil es el Derecho de los comerciantes.
- El Derecho Mercantil es el Derecho de los Actos de Comercio.
- Es la concreción de un sistema mixto.
- Es el derecho de los actos realizados en masa.
- Es el derecho de las empresas.

¿Y qué tiene que ver el software con el derecho civil y con el derecho mercantil? Aparentemente nada. Pero ya veremos que sí. Hace un par de días el doctor Ernesto Velázquez Baquerizo nos demostró que el tema de la sociedad informatizada tiene bastante que ver con el derecho constitucional.

Empecemos, para demostrar la vinculación, reproduciendo algunas definiciones de software tomadas de la obra "Protección jurídica a los Programas de Computación", del doctor Miguel Falconi Pérez (sello editorial Edino, 1991).

La legislación estadounidense -página 56 de la obra citada- precisa: "Programa de computador, es un conjunto de afirmaciones instrucciones para ser usadas directa o indirectamente en un computador con el fin de proporcionar un resultado determinado".

La OMPI, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, en 1978 -según el autor citado. Misma página- planteó la siguiente definición: "Programa de ordenador: un conjunto de instrucciones que, una vez incorporado a su soporte legible por máquina, pueda hacer que una máquina capaz de procesar información indique, realice u obtenga una función, una tarea o un resultado específicos". Finalmente, el conocido autor Pachón Muñoz -también citado por Miguel Falconi, página 141- subraya: "Un programa es la manera de dar instrucciones

NARVAEZ GARCIA, José Ignacio "Introducción al Derecho Mercantil". Sexta edic. Ediciones Doctrina y Ley. Ediciones Bonnet y Cía. Páginas 56-59, 1990. Bogotá

en un lenguaje codificado y fijado en un soporte adecuado, que está destinado a dirigir el funcionamiento de un computador".

De las reproducciones anteriores, y de tantas otras que podríamos citar, se desprende que **el** software constituye un incorpóreo, una entidad sin materialidad.

La reflexión inmediata que pudiera plantearse es ¿cómo puede formar parte del patrimonio, y por consiguiente cómo podría vincularse con el Derecho Civil, algo que no tiene configuración física; una entidad, como decimos, sin materialidad?

A esa reflexión debemos contestar diciendo que esas instrucciones, el software, sí forman parte del patrimonio, y por consiguiente están plenamente vinculadas con el Derecho Civil, y pueden estarlo con el Mercantil. En efecto, el Derecho Civil, y concretamente su canal más claro de expresión, el Código Civil -ecuatoriano en nuestro caso- clasifica los bienes de la siguiente manera: (Artículo 602) "**Los bienes consisten en** cosas corporales e incorpóreas. Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro. Incorpóreas, las que consisten en meros derechos, como los créditos, y las servidumbres activas".

Luego el artículo 619 -inciso primero- precisa que "**sobre** las cosas incorpóreas hay también una especie de propiedad".

Finalmente el artículo 620 determina: "Las producciones del talento o del ingenio son propiedad de sus autores. Esta propiedad **se registrá por leyes** especiales".

Es decir, distinguida audiencia: Hay propiedad sobre lo incorpóreo, y **las** producciones del talento o del ingenio **son propiedad de sus autores**. Si hay propiedad hay patrimonialidad, y si hay patrimonialidad hemos incursionado en el campo del Derecho Civil. De otro lado, es digno de destacar que la ley de derecho de autor tiene su antecedente en el Código Civil, en la legislación civil, al tenor de la disposición que acabamos de reproducir.

Precisado entonces que efectivamente existe plena vinculación entre el software y el Derecho Civil, cabe expresar lo siguiente:

Las relaciones patrimoniales tienen diversos canales **de expresión**. El frontal por antonomasia, el más común, lo constituye **el contrato**.

Es importante precisar que hay ciertas relaciones **que sin ser patrimoniales tienen Incidencia Patrimonial**. Tal **el caso de la vinculación padre-hijo**: Por el hecho de ser hijo **se tiene el derecho de pedir alimentos, de heredar, etc.**

El contrato es un acto jurídico, pues genera efectos **jurídicos entre las partes vinculadas** a través de él. El contrato es un medio **de circulación patrimonial**. Por medio de él nos compramos una casa, **un carro**, prestamos dinero al banco, transportamos mercadería a otros lugares de la república o del exterior, sacamos propaganda en el **periódico, etc.**

El software, como elemento integrante del patrimonio **de una persona**, puede ser objeto de una contratación; puede ser **protegido** a través de ella.

Nuestra Ley Civil entiende por contrato "Un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas". (Art. 1481 CC) **esta categoría conceptual para poder llevarse a cabo, para poder celebrarse necesita de la conjunción de ciertos elementos que, someramente, a continuación revisamos:**

Capacidad legal de las partes

Esto es, poderse obligar por sí mismas, y sin **el Ministerio o la autorización de otra**. (En el caso de las personas jurídicas **debe existir una persona autorizada que las represente**).

Consentimiento libre de vicios

Vale decir, que la celebración del contrato **no haya sido consecuencia de la aplicación de fuerza física o moral hacia los contratantes; que no exista error de hecho en el mismo; y que las partes no procedan con el ánimo de perjudicarse (a sus personas o a sus propiedades)**.

Objeto lícito

Esto quiere decir: "Una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer. "Estando también incluido en este concepto el mero uso o la tenencia de la cosa. (Art. 1503 del Código Civil). Nuestra Ley Civil incluso llega a admitir que no solo las cosas que existen pueden ser objeto de un acto jurídico, sino aquellas que se espera que existan, con tal de que sean comerciables, y que estén determinadas a lo menos en cuanto a su género. La ilicitud se establece fundamentalmente en función de que el objeto del contrato este prohibido por las leyes, sea contrario a las buenas costumbres, al orden público; que sea físicamente imposible.

Causa lícita

Causa es el motivo que induce al acto o contrato. Causa ilícita. La prohibida por la ley o contraria a las buenas costumbres o al orden público. (Art. 1510 CC) ejemplo de causa ilícita según nuestro Código Civil es la promesa de dar algo en recompensa de un delito o de un hecho inmora.

Cumplidos, pues, estos requisitos estamos ante la presencia de un contrato legalmente celebrado, de ese "vehículo jurídico" útil para la transportación y la circulación de la riqueza, como lo señala un sector de la doctrina jurídica chilena ¿Por qué una comparación tan categórica? sencillamente por el gran poder vinculante que tienen los contratos entre las partes; por generar obligaciones, las cuales, en caso de incumplimiento acarrearán para el incumplido la obligación de resarcir los perjuicios derivados de tal incumplimiento, y de pedir judicialmente su ejecución o su resolución. Ese poder vinculante a que he aludido se encuentra determinado, entre otros, en el artículo 1588 del Código Civil, que dice:

El software, cosa incorporeal, creación humana, puede ser objeto de **un contrato. Y, según lo revisamos, no solo los** que existan sino los que se espera que existan. Uno de los sustentos capitales para la celebración de todo contrato es el principio de la **autonomía de la voluntad.**

Por demás está decir que se pueden celebrar las más variadas clases de contratos, de cláusulas que tengan por objeto regular diversos aspectos del software, de acuerdo a la conveniencia de los interesados.

Pues bien, habíamos vistos que los contratos tienen que cumplir ciertos requisitos para que puedan considerarse válidamente celebrados. Enunciamos que uno de ellos era el objeto lícito, y dijimos que había objeto ilícito en aquello que prohíban las leyes, o sea contrario a las buenas costumbres, al orden público. A esta idea hay que adicionar que también debe tomarse en cuenta para saber si estamos en presencia de un objeto lícito o ilícito, la legislación supranacional expedida por la comisión del acuerdo de Cartagena, puntualmente las "decisiones" que tal órgano dicta, y que se caracterizan por su preeminencia y aplicación directa, al tenor del tratado internacional que crea el Tribunal de Justicia el acuerdo de Cartagena. Este es un punto fundamental, toda vez que en materia de propiedad intelectual hay normas específicas como la decisión 351, publicada en el Registro Oficial N° 366 del 25 de enero de 1994, denominada "Régimen común **sobre derecho de autor y derechos conexos**"; asimismo son trascendentales para la categorización del objeto como lícito o ilícito, los Tratados Internacionales legalmente celebrados, que tienen fuerza obligatoria en nuestro territorio.

Es decir, señores, es perfectamente factible y lícita la celebración de contratos respecto de softwares. Incluso hay diversas puntuales categorías como el de provisión de software a **medida**, de distribución de software; especificidades en las que **no incursionaré** por existir de por medio aspectos eminentemente técnicos que no están al alcance de mis limitados conocimientos.