

**DERECHOS DE AUTOR Y SU APLICACIÓN EN LOS CONTRATOS DE
HOSTING Y LICENCIAMIENTO DE SOFTWARE**

ELIZABETH AGUDELO AVENDAÑO

UNIVERSIDAD CES

FACULTAD DE DERECHO

MEDELLÍN

2013

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	4
1. USO DE INTERNET Y APLICACIÓN DEL DERECHO	8
2. TECNOLOGIAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN (TIC)	12
3. PROPIEDAD INTELECTUAL	15
3.1 PROPIEDAD INDUSTRIAL.....	16
3.2 DERECHOS DE AUTOR	16
3.2.1 DERECHOS DE AUTOR EN LA ERA DIGITAL	18
3.2.2 NORMATIVIDAD SOBRE DERECHOS DE AUTOR	21
3.2.2.1 LEGISTACIÓN INTERNA	21
3.2.2.2 NORMATIVIDAD INTERNACIONAL	22
4. CONTRATOS RELATIVOS A INTERNET	25
4.1 TIPIFICACIÓN	27
4.2 HOSTING.....	29
4.2.1 DERECHOS DE AUTOR EN EL CONTRATO DE HOSTING.....	32
4.3 DESARROLLO Y LICENCIAMIENTO DE SOWTWARE.....	33
4.3.1 PIRATERÍA DE SOFTWARE.....	35
CONCLUSIONES	41
BIBLIOGRAFÍA	44

RESUMEN

Internet se ha convertido en la más grande red de datos, desde la cual cualquier persona en casi cualquier lugar del mundo puede obtener información de forma rápida, sencilla y a bajo o nulo costo, esto ha generado una revolución en las leyes de propiedad intelectual, las cuales buscan restringir el uso y explotación de información por personas diferentes de su autor o titular de derecho.

Este trabajo investigativo, se centra en la aplicación de leyes referentes a la propiedad intelectual, específicamente normas sobre derecho de autor, en la disposición de información en la web por medio del contrato de hosting y en el uso de software sin licencia.

PALABRAS CLAVE

Internet, Hosting, Software, Propiedad Intelectual, Derechos de Autor, Piratería Informática, tecnologías de la Información y la comunicación, TIC.

INTRODUCCIÓN

En la implementación de nuevas tecnologías, como el uso de una página web propia y servicios de software, es necesario un intercambio de información entre usuarios, la cual debe ser protegida por medio de diferentes mecanismos jurídicos, los cuales, de no usarse correctamente, ponen en riesgo dicha información y consecuentemente los principios relacionados con la propiedad intelectual, específicamente los derechos de autor.

En la actualidad, con el desarrollo de la tecnología, el libre mercado y la competitividad económica, las diferentes empresas se ven en la necesidad de implementar mecanismos informáticos que den a conocer su empresa, los servicios que prestan y los productos que ofrecen a sus usuarios y clientes; así mismo, hacer uso de nuevas tecnologías para facilitar el manejo interno de sus compañías. Para ello, es necesario el intercambio de información propia de la empresa, la cual se puede ver expuesta a grandes riesgos y poner en peligro la empresa misma sino se protege en la forma debida.

Nos encontramos en una era digital, en la cual compartir cualquier tipo de información ya no es una tarea complicada, ni que implique mucho tiempo,

acabando con las fronteras de la comunicación, esto se debe en gran parte a la creación de internet y el avance del mismo.

Se cuenta con Las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), estas se componen de aquellos elementos necesarios para la administración de información, lo cual implica su almacenamiento, procesamiento y distribución.

Las TIC traen consigo un desarrollo en la economía mundial, facilitando todo tipo de procesos, intercambio de datos, desarrollo de nuevos sistemas informáticos. Son una herramienta utilizada por las empresas para dar a conocer a un público amplio, los servicios y productos que ofrecen en el mercado, siendo de gran utilidad para estas contar con su propia página web y con programas tecnológicos que apoyen su gestión en las diferentes áreas de la empresa como contabilidad, recursos humanos, ventas, entre otras.

Por medio del contrato de Hosting una persona obtiene de un proveedor, un espacio virtual en el cual publica la información que desea compartir con los usuarios de su sitio web; el contrato de licenciamiento de software por su parte, tiene como objeto la instalación de diferentes programas que permitan la automatización de procesos desarrollados por el usuario.

Ambos se tratan de contratos atípicos que no se encuentran regulados de forma especial en la legislación colombiana, y que se han venido desarrollando con los avances tecnológicos del mundo actual que ofrecen un sinnúmero de posibilidades para compartir información de forma gratuita a los usuarios de servicios de internet y soluciones en el manejo de metodologías empresariales y automatización de procesos internos, así como facilidad en diferentes tareas a los usuarios; todo esto permite tener al alcance la información de manera ordenada en programas informáticos.

En el contrato de Hosting o alojamiento web, se hace necesario que los proveedores de servicios tengan al alcance información propia de sus clientes, no sólo aquella que se desea compartir con un público general, sino también la desarrollada por el cliente y la de carácter confidencial.

En vista de lo anterior se han desarrollado a nivel mundial diferentes mecanismos tendientes a la protección de la información, que buscan mantener la confidencialidad e integridad de la misma, no solo aquella que se encuentra en formato digital sino en diferentes medios físicos.

Este trabajo se trata principalmente del estudio de Internet, los contratos de Hosting o alojamiento de sitios web y licenciamiento de software y, la protección a

la propiedad intelectual en los mismos, con la finalidad de determinar las normas aplicables y la eficacia de estas en la prevención de la violación a los derechos de autor, la imposición de sanciones y la reparación del daño ocasionado al autor de la obra o al titular del derecho sobre la misma.

1. USO DE INTERNET Y APLICACIÓN DEL DERECHO

Debido al avance tecnológico a nivel mundial, es necesario realizar un estudio sobre el papel que desempeña el Derecho en este desarrollo y como debe adecuarse para afrontar nuevas situaciones que surgen a partir de las nuevas tecnologías.

Es preciso iniciar con el estudio de la más grande red global de transmisión de información, el Internet, para descubrir las implicaciones jurídicas que su uso conlleva.

Esta red tiene como base una serie de elementos técnicos como son:

a) Redes de Telecomunicaciones, públicas y privadas, b) protocolos, direcciones IP, c) Computadores personales, teléfonos celulares y cualquier aparato electrónico que permita la navegación, y d) Servidores y computadores de tamaño y capacidad suficiente para alojar las páginas (Peña Valenzuela, 2001)¹

¹Peña Valenzuela, D. (2001). Aspectos legales de internet y del comercio electrónico. Colombia: Dupre Editores Ltda.

De ahí que Internet sea una herramienta de fácil acceso a nivel mundial y por una gran cantidad de usuarios, lo que ha llevado a su vez, a que su funcionalidad permita, entre otros, la transmisión de todo tipo de bienes tangibles e intangibles.

Sus inicios datan de 1969, con la creación de ARPANET, una red promovida por el Departamento de Defensa de los Estados Unidos para la investigación militar, la cual desarrolló un sistema de comunicaciones por medio de la conexión de varios computadores, conectados de forma tal, que si algún nodo de la red fallaba, la información se redirigía por vía electrónica para evitar su pérdida; esta red fue avanzando, desde la creación del protocolo de transmisión y control por internet (TCP-IP), el cual permite la interconectividad de diversas tecnologías, hasta llegar a ser hoy, la conocida World Wide Web (WWW), concebida no solo como una red de investigación y almacenamiento, sino también como un espacio generador de relaciones sociales de toda índole, en la que interactúan diferentes sujetos y con gran variedad de propósitos como son el comercio, la interacción cultural, relaciones laborales, investigación, formación, etc.

A pesar de ello, en el desarrollo inicial de internet, más que la protección a la propiedad intelectual, se estimulaba el libre intercambio de la información, siendo esta asequible a los usuarios de la red de forma casi que ilimitada, esto generó la discusión sobre el impacto en los regímenes jurídicos de propiedad intelectual.

Los usuarios de la red, que inicialmente estaban constituidos por un grupo más o menos homogéneo, principalmente investigadores, se caracterizan hoy en día por acudir a ella con una gran cantidad de propósitos; dada la expansión de la red como medio comercial, pueden acceder a ella, diferentes personas como asociaciones, empresas, profesionales, proveedores y consumidores con la finalidad de intercambiar todo tipo de bienes.

El Derecho, concebido como un conjunto de normas que rigen las relaciones entre varios sujetos, debe entrar a analizar y regular las diferentes relaciones que surgen con el uso de Internet y la transmisión de información entre usuarios.

Partiendo de Internet como un sistema descentralizado, cuyo funcionamiento no se encuentra radicado en un mismo lugar y por un número determinado de personas, sino que surge a través de una gran cantidad de operadores de sistemas informáticos establecidos alrededor del mundo, se hace imposible la aplicación del principio general de territorialidad de la ley, según el cual, la ley trae efectos jurídicos en un espacio geográfico específico; el problema que en este caso se plantea es la globalidad de las relaciones virtuales, que permite la conexión entre personas ubicadas en espacios distantes, en los cuales puede regir una normatividad diferente frente a una misma situación, es el caso de los derechos de autor sobre una obra, la cual se encuentra registrada en un espacio

geográfico determinado, pero el daño ocasionado con la violación a los derechos de autor puede darse en un lugar distinto.

Se debe tener en cuenta que a través de internet surgen varias relaciones, no solo entre los sujetos que median a través de la red, sino que también interactúan otros sujetos encargados del desarrollo de un sitio web, como es el caso de quien provee el servicio de alojamiento y el dueño de la información contenida en el sitio web; los desarrolladores de software y sus clientes, entre otros.

Otro punto relevante en el desarrollo de internet, es la convergencia de tecnologías que permite la interacción entre diferentes aparatos electrónicos y no solo entre computadores, como lo es el uso de la red global a través de teléfonos celulares, televisión, reproductores de música, entre otros; esto permite su uso casi que en cualquier momento y lugar.

Surgen interrogantes como qué situaciones acaecidas en el mundo virtual son similares a situaciones acontecidas en el mundo físico que se encuentran reguladas en diferentes normas y, el análisis de la eficacia y validez de las mismas frente a las relaciones generadas mediante el uso de internet; o si resulta necesario una regulación especial para éstas relaciones.

2. TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN (TIC)

La ley 1341 de 2009, mediante la cual se definen los principios y conceptos sobre la organización de tecnologías de la información y la comunicaciones, define a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, en su artículo 6, como el conjunto de recursos, herramientas, equipos, programas informáticos, aplicaciones, redes y medios, que permiten la compilación, procesamiento, almacenamiento, transmisión de información como voz, datos, texto, video e imágenes.

Por otro lado, es importante tener en cuenta otros conceptos definidos por la Resolución 202 de 2010 expedida por el Ministerio de tecnologías de la información y las comunicaciones, como lo son:

- Usuario: Persona natural o jurídica consumidora de servicios que hacen uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.
- Aplicaciones: Conjunto estructurado de actividades realizadas para responder a las necesidades de los usuarios en una situación determinada, con fines de tipo empresarial, educativo, comunicaciones personales o entretenimiento, entre otras.

Una aplicación supone la utilización de soportes lógicos y físicos y puede efectuarse de forma parcial o totalmente automática y el acceso puede ser local o remoto. En este último caso, se necesitan servicios de telecomunicación.

- Telecomunicación: Toda emisión, transmisión y recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos, datos o información de cualquier naturaleza por hilo, radiofrecuencia, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos.
- Contenido: Información generada bajo cualquier modo o forma de expresión, que puede ser distribuida por cualquier medio y es parte de un mensaje que el sistema de transferencia o medio no examina ni modifica, salvo para conversión durante el transporte del mismo.

A propósito del Ministerio de tecnologías de la información y las comunicaciones (MinTIC), cabe resaltar que es el organismo rector de las comunicaciones en Colombia y tiene como objetivos:

- Formular las políticas, planes, programas y proyectos de comunicaciones.

- Promover el acceso universal como soporte del desarrollo social y económico de la Nación.
- Ejercer la administración y control del espectro radioeléctrico y los servicios postales.
- Contribuir al desarrollo social de los colombianos a través de la promoción del acceso universal a las tecnologías de la información y las comunicaciones.
- Este ministerio a su vez, a través de la Política Nacional de uso responsable de las TIC promueve la confianza y seguridad en el uso de estas tecnologías en Colombia.

Sin embargo, Santiago Montenegro y Luis Carlos Niño aseguran en su estudio sobre ~~la~~ tecnología de la información y de las comunicaciones en Colombia+ que el bajo nivel del PIB per cápita en Colombia, una parte considerable de la población tiene serias restricciones para adquirir un computador, lo cual impide que gran parte de la población tener acceso directo a la red.

No obstante, las TIC están ocupando mayores espacios en los sitios de trabajo. Sin lugar a dudas en el mediano plazo los porcentajes de empresas conectadas y el número de empleados con acceso a Internet serán mucho mayores según la Cámara de Comercio de Bogotá. Y es que siguiendo con las TIC en lo tocante al

mundo laboral las habilidades técnicas de los trabajadores son características que, en forma creciente, se están tornando en fuente de ventaja competitiva de las empresas, haciendo de esta una característica que fortalece al trabajador y lo hace más apetecible al momento de optar por un empleo en Colombia.

Según lo anterior, podemos observar como en Colombia, a pesar de tener un Ministerio especializado en asuntos de Tecnología, informática y comunicaciones, su función se aleja de la protección a los derechos de autor de la información compartida por medio de la Red Global y de los programas informáticos que posibilitan el funcionamiento de diferentes tecnologías, encargándose de forma primordial sobre asuntos que tienen que ver con el desarrollo tecnológico en el país, la administración de diferentes servicios y la accesibilidad de un mayor número de usuarios a las nuevas tecnologías.

3. PROPIEDAD INTELECTUAL

De forma general se entiende como derecho de propiedad, la facultad que tiene una persona para usar, gozar y disfrutar un bien. Inicialmente se tienen en cuenta bienes de tipo material, pero a medida que surge la necesidad de proteger bienes intangibles, se incluyen también bienes inmateriales; surge así la propiedad intelectual, la cual recae directamente sobre bienes que no poseen materialidad o

corporeidad, producto de la creación intelectual del hombre, sin embargo, para ser protegidos requieren de su materialización.

La propiedad intelectual, se divide en dos categorías:

3.1 Propiedad industrial: Se ocupa específicamente de las producciones intelectuales relacionadas con la industria y el intercambio comercial. Su protección se encuentra condicionada a la posibilidad de explotación industrial y comercial del bien y a la capacidad inventiva del autor.

Toma un papel fundamental en la protección contra la competencia desleal, al evitar la explotación de bienes por personas ajenas al autor o no autorizadas para tal fin y permite el uso debido de señales distintivas entre diferentes empresas.

3.2 Derechos de Autor: La comisión Nacional de Derechos de Autor, define los derechos de autor como ~~el~~ conjunto de normas que protegen al autor como creador de una obra en el campo literario y artístico, entendida ésta, como toda expresión humana producto del ingenio y del talento que se ve materializada de cualquier forma perceptible por los sentidos y de manera original.+

La protección del derecho de autor se da desde el mismo momento en que el autor crea su obra, su ejercicio no se encuentra condicionado a que se realice el registro de la obra, sin embargo, este registro se convierte en un importante medio probatorio para identificar quien es el autor de determinada obra y por lo tanto

quien es el titular de los derechos sobre la misma, así como para garantizar su autenticidad.

En Colombia, la entidad encargada de realizar este registro es la Dirección Nacional de Derecho de Autor del Ministerio del interior, el trámite se encuentra regulado en forma general, por el decreto 460 de 1995, se realiza mediante un formato que permite inscribir la obra en el registro Nacional de Derecho de autor.

Es necesario que las ideas sean plasmadas, que puedan ser percibidas por terceros diferentes al autor, independientemente de su finalidad.

De acuerdo al artículo 4 de la Decisión 351 de la CAN: ~~La~~ protección reconocida por la presente Decisión recae sobre todas las obras literarias, artísticas y científicas que puedan reproducirse o divulgarse por cualquier forma o medio conocido o por conocer, y que incluye, entre otras, las siguientes:

- a) Las obras expresadas por escrito es decir, los libros, folletos y cualquier tipo de obra expresada mediante letras, signos o marcas convencionales;
- b) Las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza;
- c) Las composiciones musicales con letra o sin ella;
- d) Las obras dramáticas y dramático-musicales;
- e) Las obras coreográficas y las pantomimas;
- f) Las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales expresadas por cualquier procedimiento;

- g) Las obras de bellas artes, incluidos los dibujos, pinturas, esculturas, grabados y litografías;
- h) Las obras de arquitectura;
- i) Las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía;
- j) Las obras de arte aplicado;
- k) Las ilustraciones, mapas, croquis, planos, bosquejos y las obras plásticas relativas a la geografía, la topografía, la arquitectura o las ciencias;
- l) Los programas de ordenador;
- m) Las antologías o compilaciones de obras diversas y las bases de datos, que por la selección o disposición de las materias constituyan creaciones personales+.

Este trabajo está relacionado específicamente con los derechos de autor en los contratos de Hosting y por medio de este, la información contenida en sitios web y, en el licenciamiento de software.

3.2.1 DERECHOS DE AUTOR EN LA ERA DIGITAL

Es importante resaltar el gran impacto que generó la tecnología digital sobre la propiedad intelectual, específicamente sobre los derecho de autor, esta se fue desarrollando a tal velocidad que las regulaciones existentes no alcanzaban a reglamentar todas las situaciones que surgían con el uso de nuevas tecnologías.

Con el desarrollo tecnológico, se hizo posible la digitalización de todo tipo de información, no sólo textos e imágenes, sino también reproducciones de audio y video; a su vez, el internet facilitó el comercio electrónico de diferentes obras digitales, muchas de las cuales no se encuentran protegidas con derechos de propiedad intelectual, lo que facilita su transmisión, transformación y explotación desde cualquier parte del mundo, a bajo costo y con gran velocidad.

Se pasó de un sistema en que las copias eran materiales y se transmitían necesariamente por medio físico, haciendo más compleja la reproducción de bienes; a un sistema en el cual la reproducción exacta de una obra se realiza de forma inmediata, desde cualquier lugar de origen y a cualquier lugar de destino por medio del uso de internet.

Todo esto asociado a la reducción del espacio necesario para el almacenamiento de la información, a la facilidad y rapidez en la que esta puede ser comunicada al público, independientemente de su localización física, y a la fácil ubicación de la información a través de motores de búsqueda.

Por otro lado se debe tener en cuenta que, mediante internet, los usuario pueden transmitir información a un elevado número de personas, convirtiéndose no solo en usuarios, sino también en autores.

Sobre la aplicación de una legislación concreta aplicable y la jurisdicción competente para resolver las controversias derivadas del uso de internet, específicamente la protección a la propiedad intelectual, se presenta una fuerte dificultad dada por el carácter global de Internet, que permite la interacción de datos desde cualquier lugar del mundo, dificultando la localización precisa del lugar en el cual se viola el derecho.

Sobre esta cuestión en particular, se reglamenta en la Unión Europea una cláusula general de jurisdicción que radica la competencia al juez del lugar donde se hubiere producido o pudiera producirse el hecho dañoso. (Reglamento 44/2001). Por otro lado, el juez competente sólo puede evaluar los daños ocasionados en el país de su jurisdicción, es decir que no se da una competencia multilateral.

Se debe tener en cuenta, además que, la regulación convencional del derecho de propiedad intelectual, está limitado a un espacio territorial determinado, esto significa que se encuentra protegido en el ámbito espacial del ente público que la otorga, lo anterior hace posible que sobre un mismo bien recaigan varios derechos de propiedad intelectual y con diferentes titulares, y a su vez que cierta información se encuentre desprotegida en algunos territorios.

3.2.2 NORMATIVIDAD SOBRE DERECHOS DE AUTOR

3.2.2.1 LEGISLACIÓN INTERNA

La propiedad intelectual es un tema que se encuentra regulado desde la Constitución Nacional dentro de los derechos sociales, económicos y culturales, en los siguientes términos:

ARTICULO 61. El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley.+

Es evidente la limitación temporal del derecho, es decir que no se otorga de forma permanente, sino que está supeditada a su extinción en el transcurso del tiempo; de ahí también se puede inferir que la propiedad intelectual es un monopolio legal (exclusiva de explotación), la concesión es administrativa pues la rama ejecutiva del poder público se encarga de conceder la protección del derecho por medio del registro.

La ley 23 de 1982 reglamenta lo pertinente a la protección de los derechos de autor en Colombia, en ella se establecen definiciones relacionadas al derecho de autor, quienes son los titulares y los beneficiarios del mismo, las limitaciones y excepciones de su ejercicio, determina cuales son los derechos patrimoniales y

morales que recaen sobre la obra protegida, entre otras disposiciones. Esta ley se encuentra modificada y adicionada por la ley 44 de 1993.

El decreto 1360 de 1989 reglamenta la inscripción del soporte lógico (software) en el Registro Nacional del Derecho de Autor, en él se considera el software como una obra inédita protegida bajo derechos de autor.

La ley 599 de 2000, Código Penal Colombiano, en su título VIII, tipifica diferentes conductas que son violatorias al derecho de autor, y establece las sanciones pertinentes

3.2.2.2 NORMATIVIDAD INTERNACIONAL.

Cuando se generan las primeras leyes de propiedad intelectual se previó que se trataba de intangibles que necesitaban un soporte material y al ver que cada estado generaba sus propias leyes, se vio la necesidad de unificación por medio de tratados internacionales.

El Convenio de la Unión de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, firmado el 9 de septiembre de 1886, al cual Colombia se adhiere el 4 de diciembre de 1987 y entra en vigor en a partir del 7 de marzo de 1988, es un instrumento jurídico de alcance, casi que universal, en él, se establecen las bases sobre la protección mínima de la propiedad intelectual.

Se determinan tres principios básicos que rigen la protección a la propiedad intelectual, contenidos en el artículo 5° de la convención, en los siguientes términos:

1) Los autores gozarán, en lo que concierne a las obras protegidas en virtud del presente Convenio, en los países de la Unión que no sean el país de origen de la obra, de los derechos que las leyes respectivas conceden en la actualidad o concedan en lo sucesivo a los nacionales, así como de los derechos especialmente establecidos por el presente Convenio.

2) El goce y el ejercicio de estos derechos no estarán subordinados a ninguna formalidad y ambos son independientes de la existencia de protección en el país de origen de la obra. Por lo demás, sin perjuicio de las estipulaciones del presente Convenio, la extensión de la protección así como los medios procesales acordados al autor para la defensa de sus derechos se regirán exclusivamente por la legislación del país en que se reclama la protección.

3) La protección en el país de origen se regirá por la legislación nacional. Sin embargo, aun cuando el autor no sea nacional del país de origen de la obra protegida por el presente Convenio, tendrá en ese país los mismos derechos que los autores nacionales.

El principio fundamental, se refiere a que en los países miembros de la convención, ciertas obras de extranjeros se protejan de igual forma que las obras de personas nacionales del lugar donde se solicita la protección. Se debe tener en cuenta que no todo tipo de obras se encuentran protegidas, sólo las que cumplan con los criterios de protección definidos por el convenio.

La convención de Berna se ha convertido en un mecanismo casi que universal en cuanto a la protección de derechos de autor, la cual permite al titular del derecho defenderse en jurisdicciones diferentes a la propia, a pesar de ello, los altos costos de los procesos judiciales en diferentes jurisdicciones, se convierten en una restricción para defender estos derechos.

El tratado de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI), sobre derechos de autor, WCT de 1996, ratificado por Colombia el 29 de noviembre de 2000 y puesto en vigor el 6 de marzo de 2002, se ocupa de la definición y el alcance de los derechos en el medio digital, así como algunos de los problemas del ejercicio y observancia de los derechos y la concesión de licencias.

En él se establecen disposiciones como la no protección de ideas, la protección de programas de ordenador como obras literarias, la protección de bases de datos como compilaciones, el derecho de distribución, el derecho de alquiler de programas de ordenador, obligaciones relativas a las medidas tecnológicas, aplicación en el tiempo, entre otras.

También se encuentra el tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas WPPT, el cual establece derechos de artistas, intérpretes y ejecutantes sobre los productos de fonogramas.

La decisión 351 de 1993, responde a una normatividad comunitaria, de la comunidad Andina de Naciones (CAN). En su artículo primero, se establece como finalidad reconocer una adecuada y efectiva protección a los autores y demás titulares de derechos, sobre las obras del ingenio, en el campo literario, artístico o científico, cualquiera que sea el género o forma de expresión y sin importar el mérito literario o artístico ni su destino. Protege la propiedad intelectual en general, no sólo derechos de autor, sino también la propiedad industrial.

4. CONTRATOS RELATIVOS A INTERNET

Sobre el desarrollo y manejo de un sitio web, se pueden encontrar diferentes tipos de contratos; dado su objeto, el carácter técnico y las responsabilidades propias sobre el manejo de internet, resulta necesario determinar las características propias de los contratos relativos a internet y aplicar un régimen jurídico específico.

Estos servicios han evolucionado con el tiempo, incluyendo, además del alojamiento de datos en el sitio web, servicios complementarios como el diseño de

la página web, portales que incluyen correo electrónico y charla interactiva, la inclusión de la dirección en determinados motores de búsqueda, la elaboración de formularios, conversión de datos a formatos compatibles con la red, además de la prestación posterior de servicios de mantenimiento y apoyo, entre otros.

Para la contratación de alguno de estos servicios, se debe establecer en su clausulado la regulación de temas como el proceso de desarrollo, la adquisición de contenido, titularidad de los elementos integrantes del sitio, compromiso de confidencialidad, régimen de garantías y de exención de responsabilidad.

La descentralización propia del uso de Internet, facilita las relaciones proveedor . cliente a pesar de estar radicados en países diferentes, otorgando a la contratación entre estos, carácter internacional, por ello es usual la utilización de cláusulas que determinan la competencia para resolver conflictos derivados de los contratos relativos a internet y el régimen jurídico aplicable, estas cláusulas permiten a su vez brindar seguridad jurídica a la contratación internacional, sin embargo, no son atribuibles a terceros que se relación con el uso del sitio web y en muchos casos, de acuerdo a la legislación del país de alguna de las partes, no hay lugar a la negociación de las mismas.

4.1 TIPIFICACIÓN

La aplicación y efectividad de los contratos relativos a internet, se dificulta por falta de una reglamentación específica que regule estos negocios jurídicos en la normatividad colombiana, su desarrollo está dado por la recurrente práctica comercial en la era digital, es decir se da una tipificación social.

Al no estar regulados por la ley, se trata entonces de contratos atípicos, se debe acudir a las fuentes auxiliares del derecho para determinar su interpretación, integración y régimen jurídico aplicable.

La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 22 de octubre de 2001, se ha pronunciado para significar que los contratos atípicos o innominados se encuentran sujetos en ese orden, al acuerdo negocial, las prácticas sociales habituales, las normas aplicables a todo acto jurídico y las normas que rigen contratos típicos afines.

En primer lugar se encuentra el acuerdo negocial, es decir lo pactado por las partes en el contrato. Se da primacía a la autonomía de la voluntad privada, según la cual es posible pactar diferentes cláusulas, que sin estar reguladas de forma específica, no contraríen disposiciones legales de imperativo cumplimiento.

Luego se acude a las prácticas sociales, que como se dijo anteriormente, con el aumento del uso de las tecnologías, cada vez es más frecuente la contratación de servicios informáticos como hosting y licenciamiento de software.

En tercer lugar se debe dar cumplimiento a las normas aplicables a todo acto jurídico, aquí cobra especial importancia los requisitos de existencia y validez, los cuales se deben evaluar uno a uno para evitar futuras nulidades.

Por último se acude a la analogía para aplicar en caso de vacíos normativos, las normas propias de contratos similares. El contrato de hosting como tal se asimila al arrendamiento de servicios y el contrato de licenciamiento de software al contrato de arrendamiento de obra.

La doctrina, por su parte establece tres teorías:

- Absorción: de acuerdo a esta teoría, se debe identificar cuál es el elemento dominante del contrato, para aplicar el régimen jurídico del contrato típico al que pertenece este elemento.
- Combinación: En esta teoría, cuando un contrato atípico se compone de diferentes prestaciones que, miradas aisladamente, pertenecen a varios contratos o figuras típicas, se debe regular, aplicando las normas

correspondientes a las figuras típicas con que se identifica cada prestación. Ocorre, por tanto, una desmembración del contrato atípico para efectos de poder establecer la variedad de normas que lo regularán. (ArrublaPaucar, 2004, p.37)²

- Analogía: se asimila el contrato atípico al contrato típico que más se le parece y se aplican las normas relativas a este.

En el caso que nos ocupa, los contratos relativos a internet, se deben analizar todos aquellos elementos que son parte primordial en la relación de los sujetos. Este tipo de contratos generalmente se componen de diferentes servicios, ya que se realizan diferentes actividades relacionadas, que permiten un resultado final; por ello es dable la aplicación de la teoría de la combinación.

4.2 HOSTING

El Hosting o alojamiento de sitio web, es un contrato mediante el cual un proveedor de servicios de internet, proporciona al cliente la presencia en un sitio web, en el cual se almacena información compartida por medio de internet a otros usuarios de la red. Este contrato se asemeja a un contrato de arrendamiento de espacio virtual.

²ArrublaPaucar, J. A. (2004). *Contratos mercantiles tomo II contratos atípicos*. (6ª ed.). Medellín: Biblioteca Jurídica Diké.

La creación de un sitio web, tiene una serie de actividades, los cuales se analizarán a continuación:

a)Diseño del sitio web, servicio que muchas veces se encuentra incluido en el contrato de hosting, constituye un elemento visual, una representación gráfica mediante la cual se busca transmitir un mensaje del diseñador a los receptores, se puede expresar con diferentes contenidos como imágenes, textos, reproducciones de audio y video dentro del sitio web, donde pueden verse involucrados diferentes autores, de ahí que el reconocimiento de derecho de autor puede surgir como resultado de la compilación de varios elementos en el sitio web.

Resulta necesario esclarecer quien es el titular de los derechos de propiedad sobre el diseño desarrollado, esta situación presenta varias dificultades; por un lado, el cliente tiene particular interés en la libre utilización del diseño y en que el mismo no sea utilizado para el desarrollo de otros sitios web o programas y, por otro lado es el diseñador quien desarrolla el contenido dispuesto y su método puede ser similar a la empleada con otros clientes.

Sobre este aspecto, se da aplicación al artículo 4º de la ley 23 de 1982 como una norma de orden público, la cual determina que son titulares de derechos de autor, los autores de la obra, es decir, el diseñador del sitio web; sin embargo, la misma

ley prevé una presunción de cesión de derechos patrimoniales a favor de la persona que ordena su realización, otorgándole al diseñador únicamente los honorarios que recibe por la realización del diseño.

b) El alojamiento como tal, es el servicio por medio del cual, el proveedor de servicios de internet, presta capacidad de su servidor y los programas de ordenador necesarios, además de la conexión a la red, para la colocación de la página web en el espacio virtual.³(Peña Valenzuela, 2001, p. 88)

Frente al mantenimiento y administración del contenido, se puede pactar que la misma se realice a cargo del cliente o del proveedor de servicios de internet. Es preciso pactar cláusulas que garanticen la no interrupción del acceso a internet mientras se realiza el mantenimiento, para ello es importante contar con servidores espejo o, tener una conexión a través de múltiples proveedores de servicios de internet.

c) la colocación, se da cuando el servidor es propiedad del cliente, por lo tanto es el cliente quien coloca su sitio de internet y lo pone a disposición del proveedor de servicios de internet para que este simplemente realice, la conexión a la red global.

³Peña Valenzuela, D. (2001). Aspectos legales de internet y del comercio electrónico. Colombia: Dupre Editores Ltda.

Es importante pactar cláusulas que garanticen estándares de servicio, como la velocidad de acceso a las páginas y el acceso simultáneo de un número elevado de usuarios, sin que se afecte su acceso o velocidad.

4.2.1 HOSTING Y DERECHOS DE AUTOR.

Sobre el contenido del sitio web, se plantean varias situaciones jurídicas como lo es la protección a los derechos sobre la propiedad intelectual de terceros, evitando incluir textos, videos, imágenes, reproducción de sonidos sin el debido consentimiento del autor o titular de los mismos, otorgado por medio de las licencias correspondientes.

Los sitios web, son relevantes por el contenido y la información que ofrecen al público; en la mayoría de los casos, ésta se encuentra depositada de forma libre y sin la exigencia de una contraprestación directa por el acceso a la misma.

Los derechos de autor, recaen directamente sobre el contenido del sitio, implica una relación del derecho con los frutos de la creatividad humana, para evitar que estos sean copiados de forma indiscriminada y para garantizar la autenticidad de los mismos, es decir que estas creaciones no sean modificadas, ni atribuidas a persona diferente del titular del derecho.

En Colombia la violación a los derechos de autor se encuentra consagrada en el código penal como un hecho punible y como tal, es aplicable una sanción no solo al autor material de la conducta, sino también al copartícipe y al cómplice en determinado grado. Así mismo, la ley civil, establece como civilmente responsable a quien de forma indirecta cometa una infracción o daño.

De ahí nace el deber de custodia de los proveedores del servicio de alojamiento sobre los contenidos de las páginas web hospedadas por su servidor o de los propietarios de información sobre las páginas que se tiene su uso o propiedad, convirtiéndose estos sujetos en garantes de las operaciones realizadas mediante el sitio web. Por ello, es importante para el proveedor del servicio de internet, recurrir al empleo de cláusulas que lo exoneren de responsabilidad frente al contenido aportado por el cliente y así mismo vigilar que el contenido sea dispuesto con observancia de las normas relativas a su uso y en especial a la propiedad intelectual.

4.3 DESARROLLO Y LICENCIAMIENTO DE SOFTWARE

El software o programas de ordenador, son un conjunto de indicaciones, que usados directa o indirectamente en un sistema informático, permiten la ejecución de una función o tarea en un ordenador. Constituyen una parte esencial en el

funcionamiento de los computadores, ya que sin estos programas, los computadores perderían su funcionalidad.

La adquisición de software no implica que el usuario del mismo lo adquiera en calidad de dueño, por el contrario, lo que se obtiene es una licencia de uso sobre el contenido del programa de ordenador, por un tiempo determinado y sobre un número limitado de equipos. Por medio de esa licencia, el titular de los derechos de explotación, cede derechos de uso sobre el programa al cliente.

Su naturaleza como bien, los ubica como un bien inmaterial, protegido bajo las leyes de derechos de autor.

La relación entre Software y el derecho de propiedad intelectual, ha evolucionado a lo largo de los años; en un inicio, en los Estados Unidos y la Unión Europea, la protección sobre los programas de ordenador se ubicaba en el campo de la propiedad industrial, específicamente en el régimen de patentes; sin embargo, se protege posteriormente con derechos de autor.

La Oficina Norteamericana de Derechos de autor - U.S. COPY RIGHT OFFICE, registra por primera vez los programas de computador, con la ley de derechos de autor en 1964.

La convención de Berna acoge la teoría de concebir el software como una obra literaria y, con ella, la mayoría de las legislaciones nacionales empiezan a acoger esta teoría.

4.3.1 PIRATERÍA DE SOFTWARE

Se conoce como piratería de software al uso, copia o distribución de software protegido por derechos de autor, ya sea para fines comerciales o sin ánimo de lucro, sin el consentimiento del titular del derecho.

La titularidad de los derechos sobre un software, se encuentra en cabeza del autor; sin embargo, la ley de forma excepcional otorga a persona distinta del autor el derecho de explotación del programa; es así como, si un programa de computador se desarrolla en el marco de una relación laboral, el titular de los derechos de explotación esta en cabeza de la persona que ordenó su realización y este derecho no se extingue por el hecho de la terminación de la relación laboral.

Según la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), las causas principales de la piratería en Internet son:

a) la facilidad para llevar a cabo las conductas piratas

- b) el costo cercano a cero de la reproducción y distribución
- c) el crecimiento de la banda ancha, que proporciona mayor rapidez a menor costo, mejorando la calidad y capacidad de tráfico
- d) el desarrollo del hardware y su democratización, (por ejemplo, los computadores personales).

Por su facilidad, las personas acuden a Internet como medio para descargar diferentes programas de software para ordenadores, sin la autorización por medio de una licencia de uso para el consumidor. Es por ello que las legislaciones han entrado a regular este tipo de conductas, relativamente nuevas, pero que afectan en gran medida no sólo a los productores de software, sino también a la economía en general de los países.

La piratería informática tiene gran impacto sobre los creadores de software; los daños van más allá de las pérdidas de utilidades, porque además genera competencia desleal entre las empresas legítimamente constituidas y deteriora la imagen de marca al distribuir productos que no se adecuan a los estándares del producto original. Por otro lado, el usuario puede verse perjudicado al utilizar programas piratas que no proporcionan la suficiente protección de los datos, permitiendo la entrada de hackers y la pérdida de información contenida en sus ordenadores.

La Business Software Alliance (BSA) es una asociación comercial sin ánimo de lucro creada para defender los objetivos del sector de software. Una de sus principales políticas se enfoca en proteger la propiedad intelectual sobre los programas de ordenador.

Esta asociación se ha encargado de realizar diferentes estudios a nivel mundial sobre la cantidad de usuarios que utilizan software de manera ilegal y el impacto económico que esto genera.

De acuerdo a estos estudios, podemos observar que a pesar de que existe una tendencia a disminuir el uso de software pirata año tras año, aún el porcentaje de piratería supera la mitad de los usuarios.

A continuación se presentan los resultados estadísticos de los estudio de piratería mundial de software, realizados por BSA con datos del año 2011, cabe resaltar que hasta la fecha estos datos pueden tener gran variación dado el rápido avance de las tecnologías y la dificultad para establecer un número determinado de infractores.

TASAS DE PIRATERÍA DE SOFTWARE PARA PC Y VALOR COMERCIAL DE SOFTWARE SIN LICENCIA

	Tasa de Piratería					Valor Comercial del Software sin licencia (\$M)				
	2011	2010	2009	2008	2007	2011	2010	2009	2008	2007
Latino América										
 Argentina	69%	70%	71%	73%	74%	\$657	\$681	\$645	\$339	\$370
 Bolivia	79%	80%	80%	81%	82%	\$59	\$54	\$40	\$20	\$19
 Brasil	53%	54%	56%	58%	59%	\$2,848	\$2,619	\$2,254	\$1,645	\$1,617
 Chile	61%	62%	64%	67%	66%	\$382	\$349	\$315	\$202	\$187
 Colombia	53%	54%	55%	56%	58%	\$295	\$272	\$244	\$136	\$127
 Costa Rica	58%	58%	59%	60%	61%	\$62	\$55	\$33	\$24	\$22
 Ecuador	68%	67%	67%	66%	66%	\$92	\$79	\$65	\$37	\$33
 El Salvador	80%	80%	80%	80%	81%	\$58	\$55	\$46	\$28	\$28
 Guatemala	79%	80%	80%	81%	80%	\$116	\$106	\$74	\$49	\$41
 Honduras	73%	73%	74%	74%	74%	\$24	\$22	\$17	\$9	\$8
 México	57%	58%	60%	59%	61%	\$1,249	\$1,199	\$1,056	\$823	\$836
 Nicaragua	79%	79%	79%	79%	80%	\$9	\$8	\$5	\$4	\$4
 Panama	72%	72%	73%	73%	74%	\$74	\$68	\$42	\$24	\$22
 Paraguay	83%	83%	82%	83%	82%	\$73	\$55	\$29	\$16	\$13
 Peru	67%	68%	70%	71%	71%	\$209	\$176	\$124	\$84	\$75
 República Dominicana	76%	76%	77%	79%	79%	\$93	\$87	\$66	\$43	\$39
 Uruguay	68%	69%	68%	69%	69%	\$85	\$78	\$40	\$25	\$23
 Venezuela	88%	88%	87%	86%	87%	\$668	\$662	\$685	\$484	\$464
tros de LA	84%	84%	83%	84%	83%	\$406	\$405	\$430	\$319	\$195
TOTAL LA	61%	64%	63%	65%	65%	\$7,459	\$7,030	\$6,210	\$4,311	\$4,123

⁴ Resultados estadísticos sobre tasas de piratería de software y valor comercial del software sin licencia, los valores están dados en miles de millones de dólares de los Estados Unidos de América. Tomado de: Business Software Alliance (2012). Estudio de piratería mundial de software de BSA de 2011 (9ª ed.). Autor.

Las 20 mayores economías en Valor Comercial de Software de PC Pirateado, 2011

	Valor Pirateado (\$M)	Ventas Legales (\$M)	Tasa de Piratería
EE.UU.	\$9,773	\$41,664	19%
China	\$8,902	\$2,659	77%
Rusia	\$3,227	\$1,895	63%
India	\$2,930	\$1,721	63%
Brasil	\$2,848	\$2,526	53%
Francia	\$2,754	\$4,689	37%
Alemania	\$2,265	\$6,447	26%
Italia	\$1,945	\$2,107	48%
Reino Unido	\$1,943	\$5,530	26%
Japón	\$1,875	\$7,054	21%
Indonesia	\$1,467	\$239	86%
México	\$1,249	\$942	57%
España	\$1,216	\$1,548	44%
Canadá	\$1,141	\$3,085	27%
Tailandia	\$852	\$331	72%
Corea del Sur	\$815	\$1,223	40%
Australia	\$763	\$2,554	23%
Venezuela	\$668	\$91	88%
Malasia	\$657	\$538	55%
Argentina	\$657	\$295	69%

5

⁵ Estudio estadístico sobre países con más alta economía de software pirateado. los valores están dados en miles de millones de dólares de los Estados Unidos de América. Tomado de: Business Software Alliance (2012). Estudio de piratería mundial de software de BSA de 2011 (9ª ed.). Autor

Con lo anterior se demuestra que a pesar de haber una reducción de la piratería de software, estas conductas siguen siendo reiteradas de forma significativa, y que a pesar de la implementación de normatividad que regula la materia, esta se torna ineficaz debido a la facilidad de realizar la conducta desde cualquier lugar sin ser localizado.

Se ha intentado un control por medio de un sistema más fiscalizador frente a las empresas, a pesar de ello, se deja por fuera un gran número de usuarios que piratean programas de computador desde sus hogares o de forma independiente a una empresa vigilada por el estado.

Es por ello que las medidas tendientes a reducir esta práctica ilícita y perjudicial, deben enfocarse más que a la vigilancia del comportamiento de los usuarios, en la generación de políticas encaminadas a generar conciencia del daño ocasionado con la piratería informática y en el desarrollo técnico de los programas.

CONCLUSIONES

El desarrollo de nuevas tecnologías, particularmente el internet, implicó un fuerte cambio en el modo de concebir las leyes referentes a la propiedad intelectual, específicamente los derechos de autor.

El internet surge como un medio de comunicación masivo y sin fronteras, lo que permite la conexión entre personas situadas en diferentes partes del mundo y el intercambio de todo tipo de información a un bajo costo y de forma instantánea. Esta facilidad, se traduce a su vez en la posibilidad de obtener diferentes tipos de obras sin restricción, así como descargas de programas de ordenador sin la obtención de una licencia de uso.

Los programas de ordenador son obras creadas con la finalidad de realizar alguna tarea o función en computadores, sus usuarios no son propietarios de los mismos, sino que obtienen un permiso de uso por medio de licencias. Internet ha facilitado la disposición de estos programas en sitios web, para que sean descargados por los usuarios sin necesidad de suscribir un contrato con el creador o desarrollador, violando las normas a derechos de autor.

En el desarrollo de un sitio web, se generan una gran cantidad de relaciones desde su diseño hasta la disposición en el sitio virtual, en la misma se da un intercambio de información de todo tipo, incluso muchas veces información dispuesta por personas diferentes a su autor. Los sujetos intervinientes deben por lo tanto, tener especial observancia en el cumplimiento de normas referentes a derechos de autor, para evitar infracciones sancionables.

Las infracciones al derecho de autor repercuten en gran medida sobre la economía mundial, no solo en las pérdidas directas que generan a los autores de las diferentes obras, sino también en la disminución de material creado, de información compartida, de inversión empresarial.

La descentralización del internet, conlleva la dificultad de establecer el sitio donde se realiza la infracción a los derechos de autor, así como la jurisdicción y el régimen jurídico aplicable, esto a su vez ha llevado a que los diferentes mecanismos jurídicos existentes se tornen ineficaces a la hora de establecer una sanción a los infractores; por otro lado la posibilidad de ejercer una acción judicial en diferentes lugares, trae altos costos, siendo en muchos casos un impedimento para ejercer el derecho del titular.

Es por ello que se hace necesario cambiar el enfoque para disminuir estas violaciones, dirigiéndose a políticas de concientización sobre los daños ocasionados y los beneficios que trae a nivel económico, social y cultural, el respeto por obras ajenas.

BIBLIOGRAFÍA

Peña Valenzuela, D. (2001). *Aspectos legales de internet y del comercio electrónico*. Colombia: Dupre Editores Ltda.

De Miguel Asensio, P. A. (2002). *Derecho privado de internet*(2^o ed.). Madrid: Civitas Ediciones.

Corripio Gil-Delgado, M. R. (1999). *Los contratos informáticos: el deber de información precontractual*. Universidad Pontificia Comillas.

Rodriguez, G. E. (2008). El software libre y sus implicaciones jurídicas. *Revista de Derecho*,30, 68-76.

Marín Santoyo, M. E. (2009). El derecho en la era digital: el problema de la regulación de las relaciones jurídicas surgidas en internet. *Iustitia*,7, 145-158.

Arrubla Paucar, J. A. (2004). *Contratos mercantiles tomo II contratos atípicos*. (6^a ed.). Medellín: Biblioteca Jurídica Diké.

Business Software Alliance (2012). Estudio de piratería mundial de software de BSA de 2011 (9^a ed.). Autor. Extraído el 21 octubre, 2013, de http://ww2.bsa.org/country/Research%20and%20Statistics/~//media/Files/Research%20Papers/GlobalStudy/2011/2011GlobalPiracyStudy_es.ashx

<http://www.mintic.gov.co/>

http://ww2.bsa.org/country.aspx?sc_lang=es-CO

