



**EL SOFTWARE Y EL CONCEPTO
DE MERCADERÍAS EN LA CONVENCIÓN
DE VIENA SOBRE COMPRAVENTA
INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS**

**SOFTWARE AND THE NOTION
OF GOODS UNDER THE UNITED NATIONS
CONVENTION ON CONTRACTS
FOR THE INTERNATIONAL SALE
OF GOODS**

ROBERTO MENDOLA CASTILLO*
MARÍA ALEJANDRA MORENO PARRADO**
ANA MARÍA ESCOVAR POSADA***

Fecha de recepción: 24 de septiembre de 2019

Fecha de aceptación: 14 de octubre de 2019

Disponible en línea: 30 de diciembre de 2019

RESUMEN

El presente documento es el producto de una investigación desarrollada a lo largo de la asignatura de Derecho Comercial Internacional en cabeza del doctor Héctor Mauricio Medina Casas. El objetivo del documento es plantear la problemática que se suscita como consecuencia de la omisión de definición del concepto de

* Estudiante de Octavo Semestre de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Contacto: mendola.roberto@javeriana.edu.co

** Estudiante de Décimo Semestre de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Diseñadora Industrial de la Fundación Universitaria Jorge Tadeo Lozano (2009). Contacto: mmoreno-p@javeriana.edu.co

*** Estudiante de Décimo Semestre de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Contacto: escovara@javeriana.edu.co

mercadería en la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. Específicamente, se desarrollará un análisis respecto a la posible inclusión del *software* como mercadería. Para ello, se emplearon el método doctrinal y el método cuantitativo en el proceso de construcción del presente escrito. Así pues, a pesar de existir decisiones judiciales y posturas académicas que permiten, bajo ciertas circunstancias, entender el *software* como mercadería, no parece conveniente adoptar esta posición —minoritaria—; pues afectaría la seguridad jurídica e ignoraría la razón de ser de la Convención, su interpretación generalizada y sus precedentes/origen histórico.

Palabras clave: Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, compraventa internacional, mercadería, bienes corporales, bienes incorporeales, *software*.

ABSTRACT

This paper is the result of the research conducted in the context of the commercial law class taught by professor Héctor Medina and seeks to present the problems posed by the lack of a definition of the word goods in the context of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. The paper examines whether it is possible or not to include software as good. The method used to conduct the research was quantitative and resorted to theoretical findings about the subject matter. Although there are stances defending that software be considered a good, the paper argues that such position would entail risking legal stability and would ignore the *raison d'être* of the Convention, its generalized interpretation and its origins.

Keywords: Vienna Convention on International Sales of Goods, international sales, commodity, corporal goods, incorporeal goods, *software*.

INTRODUCCIÓN

La Convención de Viena sobre Compraventa de Mercadería (en adelante la Convención o la CISCM) representa uno de los instrumentos internacionales más importantes en el desarrollo de un mercado globalizado y el intercambio comercial nunca experimentado en la historia.

El mercado internacional ha sufrido unos cambios importantes gracias a los avances tecnológicos en materia de telecomunicaciones y transporte. Por estas razones, la CISCM tiene una relevancia difícil de ignorar a la hora de regular una grandísima cantidad de operaciones que se desarrollan cada día a nivel global y con una clarísima vocación unificadora.

Como suele ocurrir en el mundo de las normas, la CISCM dejó un margen de interpretación muy amplio en cuanto al concepto de mercadería, pues como tal no dio una definición sobre la misma. Por otro lado, existen una serie de bienes expresamente excluidos del ámbito de aplicación del Tratado. Dentro de estos encontramos, de manera muy específica, conceptos como: “valores mobiliarios”, “buques”, o “electricidad”. Por lo tanto, la doctrina y la jurisprudencia han sido las encargadas de dar contenido a esta definición del concepto de mercadería. En principio, se entenderá como un bien corporal mueble, aunque no hay unanimidad y no siempre es fácil entender si algunos productos son muebles o inmuebles, o en qué grado concurren dichas características.

Adicionalmente, en los últimos treinta años, los desarrollos tecnológicos han tomado gran relevancia a nivel mundial. En materia digital, productos como el *software* se han convertido en bienes de uso cotidiano e industrial de máxima importancia. En consecuencia, será importante entender su alcance conceptual en la actualidad al momento de conjugar factores relevantes como: la globalización, compraventa internacional y los alusivos avances tecnológicos.

Actualmente, el comercio internacional de diversos bienes inmateriales —objeto de protección de la propiedad intelectual¹— es cada día mayor y consecuencia directa de una sociedad altamente dependiente de la tecnología. Ligado con la incapacidad productiva de tales bienes en algunos Estados, dichas operaciones internacionales (de naturaleza comercial) son necesarias y constantes.

En muchas ocasiones este tipo de productos informáticos son objeto de contratos internacionales, pues basta con pensar que programas como *Microsoft* se comercializan a nivel mundial. Resulta interesante plantear a la siguiente pregunta: ¿Es posible celebrar un contrato de compraventa internacional que recaiga sobre un *software* en el marco de las disposiciones de la CISCM?

1 Algunas herramientas jurídicas mediante las cuales se protege son: el Convenio de París, la Decisión 351 de la CAN y la Decisión 486 de la misma Corporación. De igual manera la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) cuenta con 26 Tratados sobre esta materia.

En la actualidad no hay unanimidad en torno a las cualidades del *software*. Cabría anticipar que dependería de tres (3) interpretaciones: la **primera** en la que podría incluirse la compraventa de *software* estándar; la **segunda**, que se referiría a la posibilidad de vender el “*hardware*” en el que está contenido un “*software*”; y la **tercera**, según la cual la interpretación de mercaderías debería ser “amplia” y permitir la inclusión de *software* bajo cualquier entendimiento de los mismos. Para ello se hará referencia tanto a doctrina internacional como a diferentes sentencias foráneas, particularmente a jurisprudencia alemana en donde se desarrolla el mismo problema jurídico.

El presente texto desarrollará el tema en la siguiente manera : **(1) Primero**, se hará una breve mención de la Convención de Viena sobre Compraventa de Mercaderías y el contexto histórico en el que fue desarrollada; **(2) Segundo**, se hará un análisis sobre los ámbitos de aplicación, y, en especial, al ámbito de aplicación material; **(3) Tercero**, se ahondará en el concepto de producto digital y su relevancia en el comercio actual; **(4) Cuarto**, brevemente se analizará si los productos digitales deben clasificarse como bienes o servicios y las consecuencias que ello implica a la luz de la Convención de Viena sobre Compraventa de Mercaderías; **(5) Quinto**, se hará una breve explicación de lo que se entiende por *software* y de sus tipologías, haciendo referencia también a la importancia del *software* en el mercado actual y su regulación en el ámbito jurídico; **(6) Sexto**, se hará una breve referencia al contrato de compraventa internacional de *software*; **(7) Séptimo**, se expondrán las variadas posiciones con respecto a si el *software* debe ser considerado como un bien objeto de un contrato regulado por la CISCM o no, y según qué criterios; **(8) Octavo**, conclusión.

1. CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS

1.1. REGLAS DE INTERPRETACIÓN

Para el presente trabajo es indispensable este acápite, pues dependerá de la interpretación adoptada el alcance del concepto de mercadería y, consecuentemente, la aplicabilidad de la CISCM a contratos de compraventa internacional de *software*.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 consagra en los artículos 31 y 32 reglas de interpretación generales aplicables a los Tratados. De acuerdo con estas, se permite ampliar un concepto de acuerdo al contexto en que se realice su análisis; concretamente para este caso, se trata

del concepto de mercadería. Adicional a esto —y como norma especial— el artículo 7° de la CISCM consagra el procedimiento para determinar la ley aplicable y las reglas de interpretación de la misma Convención, según la cual es relevante: “su carácter internacional, la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación, y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional”².

1.2. ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL

El capítulo primero de la Convención de Viena regula el ámbito de aplicación de la misma. En su artículo primero menciona que la Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías y, seguidamente, dicta las pautas en materia territorial para la aplicación de la Convención dentro del negocio jurídico.

Ahora bien, el artículo tercero regula el ámbito de aplicación material de la Convención al decir que:

“1) Se considerarán compraventas los contratos de suministro de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas, a menos que la parte que las encargue asuma la obligación de proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para esa manufactura o producción.

2) La presente Convención no se aplicará a los contratos en los que la parte principal de las obligaciones de la parte que proporcione las mercaderías consista en suministrar mano de obra o prestar otros servicios”³.

Además, es importante aclarar que la Convención no define de manera expresa el concepto de mercadería, quizás por cuestiones de conveniencia y practicidad. A pesar de lo anterior, el artículo segundo define el concepto de manera negativa e indirecta. Nos encontramos frente a aquellos bienes excluidos del ámbito de aplicación material. Se hace referencia a bienes destinados al consumo, transferidos en subastas o por vía judicial, buques, aeronaves o embarcaciones (por tener una regulación específica), títulos valores o dinero y la electricidad.

2 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; artículo 7°; mayo 23 de 1969.

3 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; artículo 3°; mayo 23 de 1969.

Conforme a lo anterior, se ha entendido que hay una tendencia que se caracteriza por excluir bienes que se definen como inmateriales. Sin embargo, a pesar de dicha coincidencia, también existen razones que responden a otros criterios y discusiones más amplias, como las regulaciones que existen en el ámbito nacional e internacional y que quedan por fuera del alcance de la Convención.

De todo lo expuesto, es posible concluir que tales disposiciones abren una discusión sobre si el concepto de mercadería puede comprender un producto como el *software*, y si la compraventa que recae sobre el mismo podría estar cobijada por la Convención; pues la dificultad de dar una definición de *software* hace complejo llegar a una respuesta clara y definitiva.

1.3. CONCEPTO DE MERCADERÍA

Como se mencionó, a lo largo de la Convención nunca se define el concepto de mercadería. Sin embargo, ha sido necesario ir desarrollando este concepto doctrinal y jurisprudencialmente.

Por esta razón, según el “*Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*” elaborado por las Naciones Unidas en 2010, el artículo 7.1 de la Convención permite interpretar este concepto de manera autónoma, previendo su carácter internacional y de acuerdo con “*la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación*”. De tal manera que se evita la necesidad de remisión al derecho interno para buscar una definición del concepto.

La jurisprudencia, ha definido las “mercaderías” de tal manera que los bienes objeto de análisis se ajusten armónicamente con la lectura integral del texto. Así pues, son artículos que en el momento de la entrega se caracterizan por ser:

- A. Muebles y corporales.
- B. Es irrelevante si son sólidos o no.
- C. Nuevos o usados.
- D. Vivos o inanimados.

Al respecto, se ha considerado que los bienes inmateriales⁴ no están comprendidos en el concepto de “mercaderías” consagrado en la Convención. En el

4 Por ejemplo: deudas cedidas, derechos de propiedad intelectual, o participaciones en una sociedad de responsabilidad limitada.

caso CLOUT No. 161 (Arbitraje-Tribunal de Arbitraje dependiente de la Cámara de Comercio e Industria de Hungría; 20 de diciembre de 1993), el tribunal diferenció la venta de bienes y la de derechos; y consideró que no debe ser aplicable la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías cuando este negocio tenga por objeto la venta de bienes inmateriales, puesto que estos se entenderían mejor como una venta de derechos.

Pese a esta interpretación, según el tribunal alemán en el caso CLOUT N° 281⁵, el concepto de mercadería ha de interpretarse “en sentido amplio”, conllevando la posibilidad de aplicar la Convención a compraventas internacionales de bienes incorporeales. De forma acorde con esta posición se han pronunciado Burghard Piltz, y Georg Wilhelm⁶; pues consideran que, al no haber una limitación estricta dentro de la Convención respecto de sobre qué bienes podrá aplicarse, será facultativo para el intérprete determinar su alcance.

1.4. EXCLUSIONES EN EL MARCO DE LA CONVENCION

Todas las exclusiones están jurídica y prácticamente justificadas. De acuerdo con los artículos 2 y 3 de la Convención, serán excluidos de la aplicación de la misma los contratos de compraventa internacional que recaigan sobre:

- i. Dinero o divisas: mercado *FOREX*. El dinero entendido como bien mueble que tiene poder liberatorio. Habrá pues, una excepción si la moneda se compra por una razón diferente al poder liberatorio. Por ejemplo: una moneda antigua adquirida por un coleccionista por su valor histórico.
- ii. Títulos valor o efectos del comercio: son bienes del comercio; documentos que contienen un derecho incorporado. Estos circulan en el comercio según las reglas internas de cada país que no necesariamente coinciden, al haber adoptado diferentes sistemas normativos. Consecuentemente, los Estados pueden contar con diferentes formalidades de circulación de estos bienes a nivel global y se dificulta la regulación comercial de estos bienes en la Convención.
- iii. Compraventas judiciales: más conocidos como los “remates”. La Convención no reguló esta materia porque se consideró que son asuntos re-

5 Caso CLOUT No 281 [Oberlandesgericht Koblenz, Alemania, 17 de septiembre de 1993].

6 T. Vazquez Lépinette. *Compraventa Internacional de Mercaderías. Una visión jurisprudencial*. (Pág. 65). Ed. Aranzadi N° 2 (2000).

gulados por el orden público interno de cada Estado y cada cual tiene su procedimiento especial; además, limita la autonomía de la voluntad privada.

- iv. Compraventas en subastas⁷: no se puede desnaturalizar el mecanismo de las subastas para incluirlo en la Convención; pues por regla general, no se sabe quién compra o quién vende. Hay una confidencialidad/anonimato garantizada. No hay una plena convicción sobre quién es parte del contrato, ni el domicilio de cada cual.
- v. Buques, embarcaciones, aerodeslizadores, y aeronaves: tienen un régimen de inmuebles por su importancia y esta Convención sólo es aplicable a compraventas sobre mercaderías-bienes muebles. La exclusión recae sobre el bien final, no sus componentes: por ejemplo, cubre la compraventa de sillas, turbina, etc., para el ensamble final del bien.
- vi. Mercaderías para uso personal, familiar o doméstico⁸: opera salvo que el vendedor conozca dicha circunstancia de manera previa a la celebración del contrato; o, de forma concomitante, no supiera su destinación, y debiera saberlo⁹. La compraventa de consumo, de uso personal, familiar o doméstico suele tener una regulación especial interna en cada país, y no hubo consenso para unificar estas normas: no es el objeto del derecho comercial internacional, pues este último son los negocios. Hay un régimen de protección al consumidor, por ejemplo, en la que se consagran unas garantías mínimas respecto de determinados tipos de bien. También se regula el retracto, el cual consiste en un término de 5 días en los que el comprador se puede arrepentir de la compra. Aplicar este tipo de normas en el ámbito de compraventa internacional de mercaderías sería absurdo.
- vii. Electricidad: se excluye porque no se logró un acuerdo sobre si la electricidad es un bien o es un servicio. Además, no hubo consenso sobre si es un bien corporal o no.
- viii. Servicios: se diferencian de los bienes, pues se entiende que el objeto del contrato de compraventa no es la adquisición o enajenación de derechos.

7 Mecanismo para comercializar bienes —especialmente aquellos denominados como artículos “de lujo”—.

8 La exclusión es bastante amplia; en Colombia la distinción de dichas mercaderías no existe.

9 Es indispensable el conocimiento del vendedor para determinar si es o no aplicable la Convención. Si el comprador aclara la destinación de los bienes objeto del negocio: no es aplicable la Convención.

2. PRODUCTOS DIGITALES

2.1. CONCEPTO

Están definidos en el capítulo 15.8 (sobre comercio electrónico) del Tratado de Libre Comercio celebrado y ratificado por Colombia y Estados Unidos. Se entenderá por producto digital “programas de cómputo, texto, video, imágenes, grabaciones de sonido, y otros productos que estén codificados digitalmente independientemente de si están fijos en un medio portador o sean transmitidos electrónicamente”. Aclara la misma fuente que no se entenderán contenidos en este concepto las representaciones digitales de dinero, ni el dinero mismo.

De acuerdo con lo anterior, se puede inferir que los productos digitales pueden ser considerados como bienes inmateriales, que son creados mediante tecnologías de la información y que sólo pueden adquirirse o descargarse por internet.

Dentro de estos productos digitales se encuentran archivos de audio o de video, libros digitales (*eBooks*), *software* online, videojuegos en línea, entre otros.

2.2. RELEVANCIA EN EL COMERCIO ACTUAL

Un claro ejemplo del alto impacto en el comercio internacional de productos digitales en el mercado global se refleja en la cantidad de suscriptores de *Spotify* (compañía sueca). En julio de 2018 contaba ya con ochenta y tres millones¹⁰ de suscriptores pagos. Por su parte, *Apple Music*, su competencia, contaba con 30 millones de suscriptores en septiembre de 2017¹¹.

Respecto a la comercialización de archivos de video, YouTube y Netflix son las plataformas con mayor cantidad de suscriptores. Netflix contaba con ciento treinta y nueve millones de suscriptores a nivel mundial a enero de 2019¹² y YouTube cuenta con más de mil millones de usuarios a 2019, de acuerdo con sus estadísticas publicadas en “YouTube para la prensa”¹³. Sin embargo, este mercado tiende a crecer, a tal punto que Disney ya oficializó el lanzamiento de su plataforma de *streaming* “Disney” a finales de 2019, entrando a competir con las referidas empresas.

Ahora bien, este mercado no solo se está caracterizando por sus inmensas dimensiones; también se caracteriza por su tendencia global: su proyección se

10 AFP. Spotify tiene 83 millones de suscriptores de pago en el mundo. “*El Espectador*” 1 (2018).

11 AFP. Spotify llegó a los 70 millones de suscriptores. “*El Espectador*” 1 (2018).

12 Seth Fiegerman. Netflix revela cuántos suscriptores tiene. *CNN español* 1 (2019).

13 YouTube para la prensa. <https://www.youtube.com/intl/es-419/yt/about/press/>. (2019).

enfoca a nivel mundial y busca penetrar los mercados de innumerables países a pesar de la competencia que pueda llegar a estar bien posicionada, su reconocimiento en el mercado o sus bajos precios.

2.3. DEBATE: ¿LOS PRODUCTOS DIGITALES SON UN BIEN O UN SERVICIO?

Es relevante el análisis del alcance de la clasificación de los productos digitales como bienes o servicios para determinar el ámbito de aplicación de la Convención de Viena sobre Compraventa de Mercaderías. Así pues, se plantearán tres diferentes categorías en las que pueden clasificarse los productos digitales, así como sus consecuencias.

2.3.1. Bienes incorporales

Por bien incorporal se entenderá, de acuerdo con el artículo 653 del Código Civil colombiano, aquellos que consisten en “meros derechos, como los créditos y las servidumbres activas”. Así pues, a la luz de esta interpretación, se entendería como la venta del derecho al uso de los productos digitales.

Como consecuencia de considerar que los productos digitales son bienes inmateriales, la Convención de Viena sobre Compraventa de Mercaderías podría no ser aplicable si se acoge la posición mayoritaria del concepto de mercadería, consistente en entender que este concepto debe cumplir con el requisito de abarcar bienes muebles y corporales.

Se adquiriría pues el derecho al uso de determinado producto digital, siempre y cuando se cumpla con la obligación de pago por disfrutar de los beneficios otorgados por estos.

2.3.2. Bienes corporales y muebles

Entendiendo bien corporal como aquellos que “tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro”¹⁴.

En este escenario, sí sería aplicable la Convención de Viena sobre Compraventa de Mercaderías, pues los productos digitales cumplirían con los supuestos que doctrinal y jurisprudencialmente se han tenido en cuenta para considerar un bien como mercadería susceptible de ser negociada mediante este instrumento jurídico internacional.

14 Artículo 653 del Código Civil Colombiano.

2.3.3. Servicios

Desde una perspectiva económica, los servicios son actividades que intentan satisfacer las necesidades de los clientes. Se prestan de forma inmaterial, impidiendo así la posesión de un servicio por una persona.

Como los productos digitales no son vitales, son ofrecidos para cualquiera que esté en la disponibilidad de cancelar un pago por estos. Así pues, muchos de los productos digitales actuales se podrían enmarcar en este escenario.

Empero, es viable afirmar que, como consecuencia de considerar un producto digital como un servicio, se enmarcaría dentro de las exclusiones contenidas en los artículos 2 y 3 de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, porque:

- a) Pueden ser consideradas mercaderías para uso personal, familiar o doméstico; salvo que el vendedor conozca dicho uso de forma previa a la celebración del contrato o, de forma concomitante, no supiera su destinación -y debiera saberlo.
- b) Atendiendo al artículo 3.b de la Convención de Viena sobre Compraventa de Mercaderías, no será aplicable la misma a “*los contratos en los que la parte principal de las obligaciones de la parte que proporcione las mercaderías consista en suministrar mano de obra o prestar otros servicios*”.

3. SOFTWARE

3.1. CONCEPTO

El término *software* es un vocablo inglés que ha sido entendido tradicionalmente como “*un conjunto de instrucciones que permiten que el computador realice una variedad de operaciones y funciones para obtener un resultado*”¹⁵.

Hay que diferenciar el *hardware* del *software*. El *hardware* es el componente electrónico tangible de un computador o dispositivo. Claros ejemplos de estos bienes son: impresoras, televisores inteligentes, celulares, procesadores, memorias RAM y computadores, entre otros. Por el contrario, el *software* es el componente intangible de los referidos bienes; gracias a este bien inmaterial es que los ordenadores, computadores y demás dispositivos pueden funcionar de acuerdo con determinadas órdenes que se ejecuten.

15 E. Rengifo. *El moderno Derecho de Autor*. (Pág. 199). Ed. I. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá (1996).

En otras palabras, el *software* es el que permite que el *hardware* funcione y deben ser compatibles para que funcionen adecuadamente. Así pues, por *software* se entenderán las “*instrucciones que se incorporan a un sistema informático para que este lleve a cabo una determinada función*”¹⁶.

El *software* es un bien inmaterial compuesto por una serie de programas que son creados para desarrollar determinadas funciones dentro de un sistema operativo.

3.2. IMPORTANCIA DEL SOFTWARE EN EL MERCADO CONTEMPORÁNEO: NECESIDAD DE PROTECCIÓN

La importancia del *software* en la actualidad es indudable, pues sin este sistema todos los aparatos tecnológicos con que contamos hoy y que permiten una globalización aún más eficiente y real (celulares, computadores, televisores, impresoras, entre otros), serían inútiles.

Como ya se expuso, los diferentes *softwares* facilitan la ejecución de un sinnúmero de actividades humanas mediante el uso de tecnologías; por ejemplo, la comunicación instantánea desde diferentes lugares, siempre y cuando se cuente con determinadas condiciones como tener acceso a internet inalámbrico. Hay otros que permiten al programador crear nuevos programas: estos permiten que haya posibilidad de innovar y mejorar los programas o aplicaciones ya existentes y que la prestación del servicio sea de mayor calidad con el paso del tiempo. Hay otros que permiten configurar cómo se controlará determinado ordenador y servir de soporte a otros programas; estos son útiles, por ejemplo, al momento de elegir el idioma en que un dispositivo electrónico se configurará.

El mecanismo de transmisión de estos bienes es por medios electrónicos y es por esta razón que se protege jurídica y tecnológicamente de la mejor manera posible, puesto que replicar un *software* de calidades similares al original es relativamente simple.

3.3. SOFTWARE ESTÁNDAR- SOFTWARE A MEDIDA

En la actualidad, con el fin de satisfacer las necesidades del mercado, se ha comenzado a hacer una migración de lo estándar o genérico a lo personalizado o a la medida. El *software* no es ajeno a este fenómeno; y, por lo tanto, hoy en día existen dos tipologías de *software* que se denominan “estándar” o “a la medida”.

16 Página web: *Importancia una Guía de Ayuda* (2013). (<https://www.importancia.org/software.php>).

3.3.1. El Software Estándar

Es aquel que, como su nombre lo indica, está destinado a un uso general. Este, al igual que el *software* a la medida, satisface diversas necesidades; pero en el caso del estándar, este ha sido creado para que pueda ser usado por todo aquel que tenga esas necesidades generales. Esto quiere decir que, ante necesidades más puntuales o específicas, probablemente este tipo de *software* no pueda responder.

En síntesis, por estándar se entiende el *software* cuya destinación es de carácter general. Su atributo esencial es que pueda suplir una serie de funciones que no responden a una necesidad específica y puntal, sino que está destinado —y puede ser utilizado— por un número plural e indefinido de personas.

3.3.2. El Software a la Medida

Es aquel que se diseña para poder adaptarse a las necesidades concretas del usuario, cuando éste demanda soluciones a problemas específicos de su actividad.

3.4. CONTRATO DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE SOFTWARE

Es entendido como un contrato atípico que tiene por objeto la venta o adquisición de uno o más *softwares* y a su vez supone una cesión de derechos de autor en favor del comprador. Estos bienes inmateriales están protegidos por las normas de propiedad intelectual¹⁷, de acuerdo con cada régimen estatal en particular.

Este vínculo jurídico goza de algunas particularidades en cuanto a su celebración, ejecución y cobertura respecto a la Convención de Viena:

- I- La utilización de medios electrónicos para celebrar y ejecutar el contrato: con el surgimiento del comercio electrónico, la celebración de contratos de compraventa internacional ha incrementado con el paso de los años, pues se han reducido costos operacionales como trasladarse a otro país para celebrar dicho contrato; igualmente, se facilita su celebración y cumplimiento. Lo anterior como consecuencia misma de la naturaleza de estos bienes, pues son susceptibles de ser transferidos o descargados¹⁸

17 Algunas fuentes jurídicas son: Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones (CAN). Particularmente, Estados Unidos ha regulado los contratos informáticos mediante el *Uniform Computer Information Transactions Act* (UCITA).

18 Generalmente, en este escenario, se celebrará como prerrequisito a la del contrato de compraventa el *Web-Wrap Agreement*.

mediante los mismos medios electrónicos por los cuales se adelantan y concretan las negociaciones.

- II- Objeto del Contrato: además del ya expuesto perfeccionamiento del contrato de compraventa de *software*, deberán tenerse en cuenta las condiciones de adquisición del mismo, puesto que dependerá de este pacto el uso que podrá darse al bien adquirido. Así pues, deberá evaluarse cada contrato individualmente y su respectivo objeto¹⁹ para determinar si procede o no el pacto de contrato de compraventa internacional de *software* en los términos de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.
- III- Clase de bien: con relación a este punto hay una particularidad muy especial que se relaciona directamente con el objeto del presente trabajo. Al recaer la misma sobre bienes incorporales, hay quienes opinan que quedará excluida de cobertura de la CISCM cualquier compraventa internacional que recaiga sobre un *software*, pues consideran que el concepto de mercadería solo abarca bienes muebles corporales.

Ahora bien, según Ferrari sí es aplicable la Convención de Viena a la compraventa internacional de *software*, pues hay una materialización del proceso intelectual en un bien corporal (el *hardware*). La anterior afirmación es válida siempre y cuando este contrato esté dirigido a una pluralidad de usuarios; pues, de lo contrario, estaría en el marco de las exclusiones contenidas en el artículo 2º de la Convención.

3.5. ¿ES POSIBLE APLICAR LA CONVENCIÓN A COMPRAVENTAS INTERNACIONALES QUE RECAIGAN EN SISTEMAS INFORMÁTICOS COMO EL SOFTWARE?

3.5.1. Una discusión de Escuelas

Desde las clases de Derecho Romano, uno de los aspectos más fascinantes del estudio del mundo de las normas es la posibilidad de adoptar diferentes posturas sobre un mismo tema, a través de un procedimiento de argumentación e interpretación del lenguaje, de la historia y la conveniencia de las normas para darles determinado alcance y contenido. Como una obra de arte, la norma no se reduce solamente a la obra fabricada por su autor, sino por la experiencia del espectador y de los técnicos especializados en su apreciación.

19 A veces no solo el contrato tiene por objeto la compraventa. También puede tenerse por objeto: el desarrollo de *softwares*, licencias de explotación, de uso, o distribución de *softwares*.

Es así como podemos encontrar, a pesar del entendimiento generalizado según el cual se excluyen los bienes incorporeales, aquellos que sí lo aceptan; y, cómo es típico en el mundo del derecho, la materialización de dichas posturas se concreta a través de diferentes teorías.

3.5.2. *Sí, pero Estándar*

Una primera posición sostiene que, en el caso específico de *software*, aplicaría la CISCM y podría entenderse como mercadería siempre y cuando sea un programa de tipo *standard*. Así mismo lo ha venido sosteniendo parte de la doctrina internacional, haciendo hincapié en jurisprudencia alemana en donde se reconoce dicha situación. Es necesario aclarar que se excluye el *software* producido a medida, ya que se asemejaría más a un contrato de prestación de servicios que a uno de compraventa. En este caso, hay que hacer una precisión y es que para muchos el *software* debe estar incorporado en un soporte material, siendo lo principal el componente inmaterial.

3.5.3. *¿Prevalencia del hardware?*

La segunda posición sostiene que si el objeto de un contrato internacional de compraventa de mercaderías tiene por objeto un *hardware* (soporte físico), el *software* que está incorporado en el mismo se entiende también englobado dentro del objeto de la prestación del contrato.

3.5.4. *¿Cuál exclusión? ¿Y las nuevas tecnologías?*

Por último, podemos encontrar quienes creen que, como la convención no excluye de manera expresa los bienes incorporeales, entonces no debería siquiera existir el debate. De manera similar, se sostiene que cualquier tipo de *software* puede ser objeto del contrato y también en las situaciones en que la operación se ejecuta a través de medios electrónicos, sin la necesidad de una entrega “física” de alguna mercadería.

4. ENTRE INCERTIDUMBRE Y ACTUALIDAD

4.1. LOS PROBLEMAS Y LAS CRÍTICAS

Para poder adentrarnos en un análisis y, por ende, en una respuesta, es necesario entender cuáles son las problemáticas que trae dicha posibilidad.

De manera general existen tres grandes problemas, los primeros dos relativos al ámbito de aplicación material de la CISCM.

Por regla general, aunque no hay una exclusión expresa, se ha sostenido que los bienes sobre los cuales puede recaer el contrato de compraventa (mercaderías) son los bienes muebles corporales, quedando afuera del ámbito de aplicación material los bienes intangibles o incorporeales (entendidos como aquellos que no poseen una entidad física). Esta posición, la más generalizada, ha sido sostenida por diversa jurisprudencia y los autores especializados en el tema afirman que hay que tener en cuenta el precedente histórico de la Convención de Viena: Convención de La Haya de 1964 sobre compraventa internacional, que —diferencia de la primera— sí excluía específicamente los bienes incorporeales. Por lo tanto, si la exclusión no goza de dicha literalidad es por motivos prácticos.

La segunda problemática, también referida al ámbito de aplicación material de la CISCM, se deriva de las prestaciones que definen el contrato de compraventa. Para ello es necesario analizar el artículo 30 y 53 de la CISCM. Para no entrar en detalles, puede resumirse que entre las obligaciones principales del vendedor está la de transferir la propiedad del bien objeto de la transacción. Cabe preguntarse qué podríamos entender por la transferencia de propiedad de un *software* y si la titularidad de los derechos que recaen sobre el mismo puede negociarse bajo esta figura contractual o bajo otras más naturales, como la licencia. Además, hay que considerar que entre otras obligaciones de las partes están la de entrega y recepción de la mercancía, cuestión complicada si tenemos en cuenta el aspecto incorporeal del *software*.

La última dificultad, comprende las situaciones en las que el *software* se encuentra incorporado en un soporte físico (*hardware*) y si al momento de vender el *hardware* (situación que ha sido aceptada con bastante unanimidad), también se incluye el *software*. En este caso, aquellos que abogan por englobar como objeto del contrato de compraventa los dos bienes, deberían explicar cuál de los dos bienes tiene prevalencia en el contrato, cuál de los dos puede subsistir sin el otro; y cual constituye el verdadero interés subyacente al contrato.

CONCLUSIÓN

De todo lo expuesto con anterioridad, se desprenden dos consideraciones importantes: la primera es que hay ciertas dificultades en considerar la posibilidad de que el *software* se reputa una mercadería y, por lo tanto, le sea aplicable la CISCM, pues tanto la ejecución de las prestaciones como la naturaleza incorporeal del programa hacen ambiguas e inciertas las consecuencias que se podrían derivar. Segundo, parece más indicado abogar por la exclusión del *software* del ámbito de aplicación de la CISCM, pues su inclusión contraría tanto su filosofía contractual, como los precedentes y contexto histórico en que encuentra su

origen. Además, es de considerar que al ser bienes tan complejos requieren un marco normativo que responda a estas condiciones y la CISCM es muy básica con relación a las características particulares de estos bienes, independientemente de su corporalidad o incorporeidad; incluso, no es claro si se considera o no un servicio.

A pesar de lo interesante que es la posibilidad de ampliar el concepto de mercadería —y consecuentemente la esfera material de aplicación del CISCM— y a pesar de que se deba interpretar de manera amplia y uniforme, optar por la inclusión del *software* comportaría una inseguridad jurídica que haría inviable la adopción de esta forma contractual, pues sería difícil prever lo que un juez pueda fallar, debido a la falta de claridad y unanimidad que hay entorno a ello.

BIBLIOGRAFÍA

1. Caso CLOUT No. 161 [Arbitraje–Tribunal de Arbitraje dependiente de la Cámara de Comercio e Industria de Hungría, 20 de diciembre de 1993].
2. Caso CLOUT No. 281 [Oberlandesgericht Koblenz, Alemania, 17 de septiembre de 1993].
3. Código Civil colombiano.
4. Contratos Internacionales de Software; Aurelio López- Tarruella Martínez; Tirant monografías 410; Ed. 2006.
5. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.
6. Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías.
7. <https://concepto.de/software/>
8. <https://www.youtube.com/intl/es-419/yt/about/press/>
9. Los servicios; concepto, clasificación y problemas de medición; Miguel González Moreno, Clemente del Río Gómez, José Manuel Domínguez Martínez; *Ekonomiaz* No. 13-14; págs. 10-19.
10. Netflix revela cuántos suscriptores tiene; Seth Fiegerman; CNN español; 18 de enero de 2019.
11. RENGIFO, Ernesto. El moderno Derecho de Autor. Bogotá, Colombia. 1997. Editorial Universidad Externado de Colombia. ISBN. 958-616-277-X. pág. 199.
12. Spotify llegó a los 70 millones de suscriptores; Agencia Afp; diario “El Espectador” de Colombia; 05 de enero de 2018.
13. Spotify tiene 83 millones de suscriptores de pago en el mundo; AFP; diario “El Espectador” de Colombia; 27 de julio de 2018.

