

El impacto de la nueva legislación en el sector informático

Autores: Javier Esparza - J. Luis Gosálbez [E-contratos]



¿Cómo puedo evitar que un competidor copie mis desarrollos? ¿Puedo utilizar sonidos o fotografías de otros en mi página web? ¿Qué me puede pasar si utilizo un programa P2P? ¿Por qué tengo que pagar un canon por almacenar en un soporte óptico las fotografías de mi viaje de novios?

¿Es necesario regular el sector informático?

¿Cómo puedo evitar que un competidor copie mis desarrollos? ¿Puedo utilizar sonidos o fotografías de otros en mi página web? ¿Qué me puede pasar si utilizo un programa P2P? ¿Por qué tengo que pagar un canon por almacenar en un soporte óptico las fotografías de mi viaje de novios?

Si Vd. se ha planteado alguna vez una de estas preguntas, posiblemente haya empezado a darse cuenta de la necesidad de que exista un mínimo de normas objetivas que controlen la actividad informática.

Los ámbitos en los que el Derecho ha irrumpido como elemento “normalizador” o regulador dentro de la informática son numerosos: el acceso a Internet, la protección de los datos personales, los requisitos del comercio electrónico, la regulación de la Sociedad de la Información, los derechos de propiedad intelectual o la firma electrónica son algunos de los ejemplos más conocidos.

El motivo principal de esta irrupción puede encontrarse en uno de los fundamentos elementales del Derecho: regular las conductas humanas con el objetivo de permitir la vida en sociedad. Esto significa que el Derecho tiene la obligación de encontrar soluciones para todos los conflictos que puedan surgir entre las personas con motivo de las relaciones que se generen en un determinado momento.

No obstante, ciertos sectores de actividad evolucionan a mayor velocidad que las leyes que los regulan. La informática es un claro ejemplo de este desfase Derecho/Realidad, debido a su vertiginoso índice de crecimiento y continua transformación.

Durante mucho tiempo, este sector ha carecido de una normativa específica que permitiera regular con solvencia los problemas derivados de las relaciones interpersonales generadas a raíz del nacimiento de la Sociedad de la Información.

Así, durante muchos años, abogados y jueces hemos tenido

que aplicar una normativa desfasada y que no solucionaba los nuevos problemas: un programa de ordenador se equiparaba a un libro, un e-mail era algo parecido a una tarjeta postal y el aprovechamiento de redes de comunicaciones se entendía como una defraudación de fluido eléctrico o análogo.

Sin ir más lejos, hasta hace poco, las empresas que se dedicaban a la informática estaban englobadas entre las empresas dedicadas al metal; al fin y al cabo, pensaría el legislador del momento ¿qué es un ordenador, si no piezas de metal unidas?

Situación actual del sector

La falta de una normativa reguladora especial ha provocado que muchos de los profesionales que operan en el sector informático hayan olvidado que existen ciertas normas y reglas que cumplir y en las que pueden ampararse a la hora de diseñar o proteger sus desarrollos.

Sin embargo, estas actividades se encuentran en la actualidad plenamente reguladas por distintas normas, nacionales, europeas e internacionales, que obligan a seguir una serie de pautas y que establecen derechos y obligaciones, tanto para los profesionales del sector informático, como para los posibles afectados o interesados en dichos desarrollos.

Esta normativa puede dividirse en dos tipos:

a) normativa específica, sectorial o ad hoc, aplicable a materias, sectores o actividades determinadas, como es el caso de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, la Ley de Firma Electrónica o la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico, comúnmente denominada LSSI, etcétera.

b) normativa general, aplicable a todas las conductas humanas y, por tanto, también a los profesionales y las empresas dedicadas a la informática, como el Código Civil, la Ley de Propiedad Intelectual, o la Ley de Competencia Desleal.



Puede observarse que nos hallamos ante una rama del derecho emergente que regula un sector maduro con una profusa normativa que trata de dar soluciones específicas a la mayoría de los problemas relacionados con el sector.

Sin embargo, la normativa vigente no siempre es fácil de aplicar ya que la falta de preparación y de medios de abogados y jueces muchas veces constituye una verdadera barrera de entrada. A modo de ejemplo, es difícil entrar a valorar si un competidor ha copiado parte de un código fuente si el Juez o el abogado desconocen las diferencias que existen entre un código fuente, una interfaz y un ejecutable.

Del mismo modo, el desconocimiento de las leyes por parte de muchos profesionales informáticos puede provocar auténticos desastres en empresas de pequeña y mediana dimensión que no acuden a un asesoramiento técnico jurídico antes de iniciar un desarrollo o de comercializar un programa.

Algunos de los errores más frecuentes de las empresas dedicadas al sector informático son los siguientes:

Publicación de artículos o notas de prensa:

Muchos desarrolladores e investigadores tienen como costumbre publicar artículos o notas de prensa sobre los resultados de sus investigaciones al desarrollar un nuevo producto u obtener un nuevo algoritmo que resuelve un problema habitual.

La publicación de estos artículos o notas, con cierto grado de detalle, constituye la comunicación pública de un conocimiento obtenido gracias a un esfuerzo y una inversión -propia o ajena-, en lo sucesivo, no podrá ser protegido bajo una patente de procedimiento o de una futura patente de software.

Comercialización de productos desprotegidos:

Una norma entre los desarrolladores de productos o servicios resultantes de una inversión de I+D debería ser la protección de estos desarrollos, productos o servicios como condición sine qua non previa a su lanzamiento.

La comercialización de un producto de estas características sin protección previa, no sólo cierra la posibilidad a una hipotética futura patente, sino que coloca el desarrollo en una situación óptima para ser copiado por los competidores directos.

Contrariamente a lo que se cree, uno de los principios del derecho de la competencia es el de la **libre imitación de prestaciones**.

Por tanto, cualquiera puede imitar un producto creado por un competidor en el mercado, siempre que no esté protegido o que la imitación no persiga un aprovechamiento ilícito del esfuerzo, la imagen o la reputación ajena.

Las opciones a la hora de proteger un desarrollo o diseño informático son múltiples y cada una de ellas ofrece una serie de ventajas e inconvenientes, lo que exige una decisión previa acerca del ámbito objetivo y subjetivo de la protección (qué se quiere proteger y frente a quién).

Algunos ejemplos de medios de protección de desarrollos y diseños informáticos son el Registro de la Propiedad Intelectual, el depósito notarial, el escrow, las patentes de procedimiento o las futuribles patentes de invenciones implementadas en ordenador.

Envío de e-mails comerciales “selectivos”:

El envío de e-mails no solicitados o no autorizados constituye una práctica de Spam, castigada por la LSSI.

El envío de e-mails “selectivos” a objetivos comerciales o a empresas conocidas en el mercado se ha extendido entre empresas comerciales o de marketing online, considerando que, al ofrecer servicios personalizados, esta práctica no se considera Spam.

Sin embargo, el envío de **un solo correo electrónico** a una empresa o persona que no lo haya solicitado o autorizado previamente dicha información, constituye Spam y puede provocar la imposición de una multa de hasta 30.000 € por usuario receptor del mismo.

Si esta conducta fuese reiterada y un mismo destinatario recibiese **tres o más** correos electrónicos considerados Spam dentro de un mismo año, la sanción podría ascender a hasta 150.000 € por cada usuario receptor del Spam.

Todo ello, al margen de la infracción de la normativa vigente en materia de protección de datos de carácter personal que se pueda producir.

Utilización de datos personales “sin almacenarlos”:

Otra práctica extendida entre empresas que realizan campañas de marketing online o campañas promocionales a través de correo electrónico o convencional consiste en el envío de comunicaciones comerciales indicando que se trata de un envío de prueba y que los datos del destinatario “no se almacenarán en la base de datos de la empresa”.

La obtención de datos de carácter personal de una fuente distinta al consentimiento del afectado, no sólo impide su tratamiento –salvo supuestos excepcionales–, sino que exige su comunicación al afectado **en cada comunicación que se le realice**.

La omisión de la obligación de informar al afectado sobre la fuente de los datos personales, en cada comunicación comercial remitida, constituye una infracción grave sancionada con hasta 300.000 €.

Utilización en mi página web de imágenes y sonidos obtenidos a través de Internet:

Todas las creaciones (fotografías, dibujos, textos, imágenes, sonidos, esculturas, etc.) están sometidas a derechos de propiedad intelectual, y requieren el previo consentimiento de sus respectivos autores para poder ser utilizadas o introducidas en un sitio web.

El hecho de que se encuentren fácilmente disponibles y que podamos cortarlas y pegarlas o almacenarlas en nuestro disco duro no significa que podamos utilizarlas en nuestros propios desarrollos o explotarlas libremente.

A diferencia de lo que sucede con las patentes y las marcas, la propiedad intelectual nace con el simple acto de su creación, por lo que no requiere la inscripción previa en un registro.

Esto significa que la utilización de una sola imagen, sonido o texto creado por una persona que no nos ha autorizado previa y expresamente –por escrito– su uso, constituye una infracción de derechos de propiedad intelectual que puede, incluso, provocar la suspensión temporal o definitiva de nuestra página web.



Utilización de mi página Web para comercializar productos o servicios sin realizar venta directa:

Esta es una actividad bastante extendida entre las empresas relacionadas de una u otra forma con el mundo de las Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC's). Internet nos ofrece un gran escaparate en el que ofertar nuestros productos o servicios.

Todas las creaciones están sujetas a derechos de propiedad intelectual y requieren el consentimiento de sus autores para usarlas en un sitio web

En principio no existe ningún problema en realizar esta actividad, siempre y cuando se tomen las oportunas medidas jurídicas al respecto. La LSSI establece una serie de requisitos para las empresas o particulares que quieran vender sus productos o servicios a través de la red de redes. Pero estos requisitos también son extensibles a aquellas actividades no lucrativas directamente pero que tienen un claro trasfondo económico.

Estos requisitos se centran en ciertas obligaciones informativas y registrales que deben cumplir los llamados “prestadores de servicios de la sociedad de la información”. La ley también gradúa estos requisitos en relación a los productos o servicios que se oferten en Internet.

El incumplimiento de estos requisitos por parte de empresas o particulares, puede ser constitutivo de una infracción leve, grave o muy grave, con las consecuentes multas que pueden alcanzar los 600.000 €, sin contar otro tipo de sanciones no económicas también previstas en la LSSI.

Mi cliente me pide el código fuente por supuestos problemas de mantenimiento:

La propiedad intelectual de un código fuente pertenece a la persona que lo ha desarrollado, con algunas excepciones:

- Que se haya pactado de otra forma en un contrato.
- Que el desarrollador sea un empleado y el desarrollo forme parte de su trabajo.

Un profesional externo o un desarrollador independiente que trabaja por encargo de un tercero, dispone de todos los derechos económicos sobre el resultado de su trabajo, con excepción de los materiales entregados por el cliente, desarrollados por él o por cualquier otra persona (normalmente logotipos, imágenes, fotografías, textos, contenidos, etc.).

En consecuencia, el cliente no podrá exigir el código fuente del desarrollo, salvo que se haya pactado así expresamente.

Esta situación suele provocar problemas a pequeños y medianos desarrolladores, cuyos clientes tienen dudas -fundadas o no- sobre su supervivencia y posibilidades de ofrecer un mantenimiento y asistencia técnica reales en caso de urgencia.

Resulta habitual que estos clientes exijan una copia del código fuente para asegurarse el mantenimiento y la asistencia técnica en caso de desaparición del desarrollador.



Sin embargo, con frecuencia esta exigencia es un mero pretexto para obtener las fuentes y acudir a otro desarrollador para que continúe el desarrollo sin la intervención del creador del mismo.

Una solución que puede resolver fácilmente el problema antes planteado es la firma de un contrato de Escrow con una tercera empresa que ofrezca este servicio. El servicio de Escrow consiste en el depósito, por parte de una tercera empresa independiente a las partes, del código fuente en cuestión sujeto a ciertas condiciones.

Las partes pactarán las condiciones que posibiliten a la otra la recuperación del código fuente; a título de ejemplo las condiciones más frecuentes son de quiebra, suspensión de pagos o concurso de acreedores, disolución o liquidación del programador, la fusión o absorción de éste por otra empresa o el cambio en su actividad social y sobre todo el incumplimiento de la obligación de mantenimiento del software o la falta de interoperabilidad de éste con otros programas.

De este modo tanto el desarrollador como su cliente tienen una seguridad de no ver su inversión (dineraria o de know how) echada a perder por una falta de previsión. Podríamos compararlo a un seguro empresarial.

Contratar por Internet:

Internet ofrece a las empresas dos cualidades muy interesantes a la hora de realizar pedidos o contratar servicios: rapidez y gratuidad.

Sin embargo, a pesar de que la contratación electrónica está en la actualidad totalmente equiparada a la contratación tradicional en cuanto a sus efectos jurídicos, presenta todavía

ciertas deficiencias que nos hacen desconfiar en este método de contratación, como por ejemplo la capacidad de demostrar ante un juez el contenido de esta contratación ante conductas como el repudio unilateral de la otra parte.

La LSSI ofrece una solución a través de una tercera empresa que actúe como depositario del contrato celebrado entre las partes. Esta tercera parte intervendrá en el mismo momento de producirse la aceptación de las condiciones ofertadas y registrará el contrato, pedido, propuesta o encargo en una base de datos totalmente protegida y a la que sólo tendrán acceso las partes y, en su caso, las autoridades judiciales.

Esta sencilla solución aporta confianza a las partes a la hora de contratar por Internet y coarta las conductas de repudio unilateral o de incumplimiento de las condiciones del contrato.

Conclusiones

Éstas son sólo algunas de las prácticas comunes en las empresas relacionadas de alguna u otra forma con las TIC's. Podríamos enumerar muchas más, como por ejemplo los problemas que se derivan de la integración de desarrollos de código abierto (suministrados bajo algún tipo de licencia) en productos propios, las restricciones que existen a la hora de acceder a bases de datos que contienen información de carácter personal, las conductas de hacking, la utilización indiscriminada de links y un largo etcétera de conductas que se les están pasando en estos mismos momentos por la mente.

Internet ofrece a las empresas dos cualidades muy interesantes a la hora de realizar pedidos o contratar servicios: rapidez y gratuidad

El desconocimiento de la normativa que regula estas conductas o de los posibles problemas que puede acarrear su producción ha provocado importantes quebraderos de cabeza a numerosos profesionales del sector de la informática. Un mal consejo o una práctica desafortunada puede dar al traste con cientos y cientos de horas de trabajo de nuestro equipo informático o con esa idea tan innovadora que sirvió de base o catapulta para nuestra empresa; eso sin contar con las posibles multas, demandas y otra serie de consecuencias negativas que pueden acarrear consigo.

Por ello les recomendamos que, a la hora de tomar ciertas decisiones en su empresa, o cuando realicen una labor de creación o desarrollo que piensen pueda ser "aprovechada" por una empresa de la competencia, antes contacten con su abogado de confianza, y si es experto en Nuevas Tecnologías mejor que mejor, (se ahorrará tener que explicarle qué es un código fuente). ■