



EFICACIA DEL CONTRATO
DE LICENCIA DE USUARIO
FINAL ANTE EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO
COLOMBIANO CASO:
FACEBOOK.COM

Sebastián Arroyave Gil



**EFICACIA DEL CONTRATO DE LICENCIA DE USUARIO FINAL ANTE EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO
CASO: FACEBOOK.COM**

SEBASTIAN ARROYAVE GIL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA

FACULTADA DE DERECHO

MEDELLIN

2016

AGRADECIMIENTOS:

Primeramente a Dios por darme la fuerza y las ganas de seguir luchando por mis sueños; él es el ser en quién ponemos todas nuestras necesidades y deseos, y solo gracias a él todos los proyectos son posibles.

También, quiero agradecer Ana María Mesa; Abogada Titulada y Magíster Derecho Procesal contemporáneo de la Universidad de Medellín, Investigadora y Experta en Derecho Informático, Especialista Docencia e Investigación, Docente de la Universidad Autónoma Latinoamericana y la Fundación Universitaria Luis Amigó; Ya que, es la docente que me impulsó a seguir con mi tesis a pesar de los inconvenientes, me brindó apoyo, dirección y corrección oportuna para hacer comprensible y adecuados mis hallazgos; así mismo, me acompañó en el camino de un trabajo académico que no solo es un requisito para graduarme, sino una posibilidad de formarme integralmente y crecer en el interés de un campo de conocimiento de mi profesión, que me hace crecer en aprendizajes y valores distintos como profesional y personal que quiere servirle a la sociedad desde la ética y la investigación.

Asimismo, reconozco el papel sobresaliente de la Universidad Autónoma Latinoamericana por promover las políticas de investigación y afianzamiento del conocimiento, y por brindar docentes de alta calidad que realizan el adecuado acompañamiento.

Por último, agradecerle a mi familia, principalmente a mi mamá, abuela y hermana, por ser mi motor y mi motivo principal para esforzarme y dar lo mejor de mí como profesional. Quiero Enfatizar el papel de mi madre porque siempre está presente en todos los aspectos de mi vida, por ser una persona digna de admiración y definitivamente, a ella le debo todo.

Contenido

INTRODUCCIÓN

En Colombia la privacidad y la información gozan de una especial protección consagradas como un derecho fundamental en los artículos 15 y 20 de la constitución política. En el desarrollo de los artículos anteriores se entiende esa especial protección de la privacidad, del habeas data (protección a los datos personales) y protección al buen nombre, como se interpretan en el artículo 15. Como la de información del artículo 20 de la constitución política de Colombia.

Con el desarrollo tecnológico, la globalización y la invención medios informáticos como el internet y todos los posibles aplicativos que se ingenian para el óptimo desempeño del mismo. Nos encontramos con un acápite a un desarrollo abstracto de lo que comprende los derechos fundamentales a la privacidad y el derecho a la información.

Toda especial protección de los derechos fundamentales es cambiante no solo en su ámbito literal. En este caso es más acorde a la época, las circunstancias de los medios que entran a interactuar en la esfera de desarrollo de estos.

Es por ello que el ordenamiento jurídico colombiano teniendo en consideración tratados internacionales y diferentes debates, crea normas para regular la protección, identificación y sanción, así como entidades de protección, ámbitos de aplicación entre otros.

Ejemplo de estas leyes que comprende el ordenamiento jurídico colombiano se ve una especial protección a diversos delitos informáticos en el código penal colombiano o normas que protegen la propiedad intelectual, o normas que tratan de proteger los datos personales como lo son la ley estatutaria 1581 del 2012 reglamentada por el decreto 1377 del 2013, o la ley 527 de 1999 que explica de que se trata el acceso a los mensajes de datos, el comercio electrónico y las firmas digitales; también de gran importancia el decreto 2364 de 2012 que explica la firma electrónica.

Pero si comparamos la normativa actual, y teniendo en cuenta el desarrollo de una política cambiante y mutable como lo son el uso del desarrollo tecnológico, el internet y centrándonos en el tema a tratar que es las licencias de usuario final de entidades captadoras de información como lo es el Facebook, surge el interrogante principal. Realmente existe una verdadera protección de los derechos fundamentales como lo son a la información y a la privacidad.

Para solucionar este interrogante se partirá inicialmente de las políticas para acceder a los servicios de la red social Facebook, no solo desde el momento inicial, sino como se da el manejo de la información que se agrega a este a través de mensaje de datos. Si se puede acceder y saber cómo se da el uso de esta información, como es utilizada y si realmente hay una verdadera protección que acobije y resguarde no solo la información suministrada por persona con

capacidad para determinar sus acciones, hasta la de menores que tiene el acceso a esta tecnología.

Para concluir determinando si estas políticas cumplen con todos los estándares de manejo de datos y su protección. Si realmente se da una verdadera eficacia de la prestación de estos derechos. Al momento de protegerlos como realmente estos necesitan ser protegidos.

CAPITULO 1

Memorias metodológicas

En este capítulo se narra cómo se desarrolló el trabajo, como surge la idea describiendo como se dio lugar a la pregunta de la investigación, a los objetivos generales y específicos. Como se desarrolla el temario conforme al método investigativo planteado y se da la congruencia entre el capítulo desarrollado y la referencia bibliográfica empleada.

Frente a la necesidad de una mejor interpretación que emana por el uso de tendencias tecnológicas en las relaciones jurídicas actuales, la relación existente entre las redes sociales y los usuarios es el punto fundamental inicialmente planteado, en el entendido que se puede encontrar un notorio desprovista miento de la protección de derechos de los usuarios al tener acceso a este tipo de relación jurídica. Es por ello que inicialmente se planteó la necesidad de buscar en el ordenamiento jurídico la protección jurídica de posibles delitos que puedan surgir y no se encuentran catalogados como un posible móvil de una conducta punible o que sea un enlace para cometer ilícitos. Al llevar el problema jurídico inicialmente planteado al campo de discusión con la asesora surge una premisa mejor, que descansa en el análisis del licenciamiento del Facebook toda vez que no existe en Colombia una mirada frente a la eficacia, la validez de la licencia de Facebook. No ha habido un análisis frente a este, como resultado de ello no se sabe si es un acto o un contrato, no se conoce que normas realmente se pueden aplicar en el ordenamiento jurídico colombiano frente al tema para que el usuario de Facebook reconozca como se garantizan sus derechos, como surge el acápite de derechos como la privacidad, a la intimidad, buen nombre, al tema de las relaciones contractuales como resultante de dicho contrato. Haciendo alusión a que tipo de contrato es, que ley es aplicable, la naturaleza del mismo, que tipo de relaciones nacen.

Es de esa manera se plantea la pregunta orientadora para este proyecto de investigación ¿Cómo se determina la eficacia del contrato de licenciamiento de Facebook en Colombia? Llevando la investigación a dar respuesta a la necesidad que tiene la sociedad de conocer la eficacia del licenciamiento del Facebook en Colombia.

Para dar cumplimiento a la pregunta orientadora y sobre la cual versa el problema jurídico relevante se trazó un objetivo *general determinar la eficacia del contrato de licencia de usuario final de Facebook en relación al ordenamiento jurídico Colombiano.*

Para dar cumplimiento de ese objetivo general, desarrollamos tres objetivos específicos que fueron desarrollados en el capítulo cuarto conforme al modelo metodológico.

El primer objetivo específico *establecer la naturaleza del negocio jurídico y la ley aplicable;* este objetivo se cumple en el capítulo 4.2. Relación jurídica. El segundo objetivo específico *analizar el cumplimiento de elementos y requisitos para la*

*formación del contrato de licencia de acuerdo a la ley colombiana; este se desarrolla en los capítulos 3 teoría general del contrato y 4 contrato CLUF. El tercer objetivo específico *identificar los términos y condiciones reguladas en el contrato de licenciamiento dando cumplimiento al ordenamiento jurídico colombiano; se desarrolla en capítulo 5 análisis jurídico del clausulado.**

El tipo de investigación elegida se utiliza un enfoque cualitativo para desarrollar una investigación descriptiva dando a conocer el contrato de licencia de usuario final. El método utilizado es esencialmente documental logrando esto a partir de instrumentos de consulta no tiene un punto estadístico es más una investigación documental. Se desarrolla la investigación desde un enfoque analítico porque lo que se desarrollo fue un análisis sobre la norma aplicable a los contratos de licencia de usuario final por que la licencia ya existe como contrato, por lo que se realizó una relación entre la norma y el CLUF.

Para lograr desarrollar este enfoque y tipo de investigación se plantearon como instrumentos de consulta revisión y estudios de referencias bibliográficas legales y jurisprudenciales. De las cuáles se levantaron fichas bibliográficas. Con el objetivo de comprender el tipo de investigación, primero se tiene que tener unos conocimientos básicos sobre el *Manejo de Datos*, para poder entender éstasse tuvo presente la *Ley 527 de 1999*; por la cual se rigen esas disposiciones.

En el cometido de dar a entender el Contrato de licencia de UsuarioFinal, se empezó realizando una breve descripción de la historia de los contratos y cómo referencia bibliográfica se utilizó una de tipo doctrinal del Doctor Fernando Jiménez Valderrama; que sirvió para dar una breve sintaxis.

Continuando con la descripción de los contratos se realizó el capítulo sobre la Regulación del Derecho Privado; en esta misión se tomó en consideración una referencia bibliográfica jurisprudencial, esta fue la Sentencia C-1194 del 2008 para explicar el principio de igualdad desde el ámbito civil. Cuando se explicó el ámbito mercantil se tomaron referencias doctrinales pertenecientes al Doctor José Ignacio Narváez con el propósito de explicar las fuentes del derecho comercial. De igual forma fuentes normativas como es *Código del Comercio* para describir las relaciones de ámbito mercantil.

En el capítulo siguiente para poder desplegar la definición y diferencias entre convención, negocio jurídico, contrato y acto jurídico, se emplearon referencias doctrinales del profesor Pablo Vázquez y referencias normativas del *Código Civil*.

Luego, en el capítulo Características del Contrato se tiene como finalidad describir las diferentes particularidades que comprenden los diferentes contratos; se tomó como fuentes normativas el *Código Civil* para especificar cuando el contrato era principal, asesoría, unilateral, bilateral, consensual, real, solemne, oneroso, gratuito, conmutativo y aleatorio. Igualmente, se dieron ejemplos de diferentes clases de contratos como los establece el Código Civil. Dentro de este capítulo

para desarrollar las otras características, se emplearon fuentes doctrinales del doctor Pablo Andrés Garcés Vázquez, además, se emplearon fuentes normativas como son el código civil y el código del Comercio, y se hizo uso de recursos web como páginas y documentos para hacer ejemplos de tipos de contratos.

Luego, en el siguiente capítulo: “Elementos del Contrato”, se hizo alusión a fuentes normativas del código Civil; de igual forma se emplearon fuentes doctrinales del profesor Pablo Andrés Garcés Vázquez con el cometido de determinar los elementos esenciales, naturales y accidentales.

Para el capítulo siguiente se determinó los elementos de existencia y validez de los contratos, así que se emplearon fuentes normativas del código Civil y del Código del comercio, y, también las referencias doctrinales del profesor Fernando Jiménez Valderrama y del profesor Pablo Andrés Garcés Vázquez.

Con el objetivo de definir el Capítulo del CLUF, se sirvió de fuentes doctrinales del profesor José Ramón Calvo y se utilizó la definición del contrato de Licencia de Usuario final de Microsoft.

Después, se desarrolló el capítulo: “Relación Jurídica” para determinar la naturaleza jurídica del CLUF; se tuvieron como precedentes las Leyes des Copyright y las de Propiedad Intelectual, de igual forma, la *Ley 527 de 1999* para incurrir en su naturaleza mercantil.

En cuanto al capítulo: “Características” se empleó varios recursos para determinar sus particularidades. Con el objetivo de aclarar lo principal se utilizó la fuente doctrinal de Juan Carlos Brocca; de igual manera, se tomaron como ejemplos algunos clausulados de CLUF de AVG y de Facebook, principalmente del segundo para determinar sus característica esencial como contrato principal. Cuando se demuestra que el contrato CLUF es bilateral se utilizaron las fuentes doctrinales de Juan Carlos Brocca y se dispuso de un ejemplo de Contrato de Usuario final de Google Chrome y un ejemplo del contrato de licencia de Facebook. Ahora, en su particularidad como contrato *Formal*, se trajo como ejemplo a Moreno Delgado. En su característica de Conmutativo se empleó la referencia doctrinal de Juan Carlos Brocca. Para las características de Adhesión y Atípico se utilizó la fuente doctrinal del profesor Moreno delgado.

Más tarde, en el capítulo: “Elementos de existencia y validez” se utilizaron diferentes tipos de licencias para explicar su característica. Para finalizar, en el último capítulo se empleó el Contrato de Usuario Final de Facebook.

CAPITULO 2

Teoría general de los contratos

SUMARIO:2.1. Historia de los Contratos; 2.2. Regulación Rama del Derecho Privado, 2.2.1. Ámbito civil: 2.2.1.1 principio de la autonomía de la voluntad, 2.2.1.2. Principio de igualdad. 2.2. Ámbito comercial (Art. 822); 2.3. Diferencias2.3.1. Convención, 2.3.2. Negocio Jurídico, 2.3.3. Contrato, 2.3.4. Acto Jurídico; 2.4. Características: 2.4.1. Principal, 2.4.2. Accesorio, 2.4.3. Unilateral, 2.4.4. Bilateral, 2.4.5. Consensual, 2.4.6. Real, 2.4.7. Solemne, 2.4.8. Oneroso,

2.4.9. Gratuito, 2.4.10. Conmutativo, 2.4.11. Aleatorio, 2.4.12. Nominado, 2.4.13. Innominados, 2.4.14. Típico, 2.4.15. Atípico, 2.4.16. Libre Discusión, 2.4.17. Adhesión, 2.4.18. Ejecución Instantánea, 2.4.19. Ejecución Sucesiva; 2.5. Elementos Del Contrato art 1501 c.c.:2.5.1. Elementos Esenciales, 2.5.2. Elementos Naturales, 2.5.3. Elementos Accidentales; 2.6. Requisitos, 2.6.1. Existencia: 2.6.1.1. Los sujetos de derecho, 2.6.1.2. El consentimiento, 2.6.1.3. El objeto, 2.6.1.4 La causa, 2.6.1.5. La forma sustancial. 2.6.2. Validez: 2.6.2.1. Que sea legalmente capaz, 2.6.2.2. Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio, 2.6.2.3. Objeto lícito, 2.6.2.4. Causa lícita, 2.6.2.5. Solemnidades y formalidades.

Introducción

En este capítulo se describe el desarrollo de la teoría general de los contratos, se podrá encontrar descripciones, ejemplos sobre la naturaleza jurídica de los contratos, sus principales características en el ordenamiento normativo, los elementos, la existencia y validez de cada contrato. Componentes que sirven como soporte de la investigación para aclarar que comprende un contrato y como hace parte del ordenamiento jurídico. De esta forma reconocer y más adelante sirve como ruta para encaminar la explicación del contrato de licenciamiento de usuario final, de los elementos que comprende y su analogía con relación de los diferentes contratos preexistentes en el ordenamiento jurídico colombiano.

2.1. Historia de los Contratos

Según Valderrama¹ la evolución histórica de los contratos tiene su origen principal en el derecho romano, donde el contrato se crea como una herramienta para la economía que existía en esta época. Los elementos contractuales evolucionaron acorde a las necesidades de cada situación en específico por la que atravesaba el comercio romano y con posterioridad se fue perfeccionando conforme a los intereses de cada orden vigente.

Desde su origen en el derecho romano el contrato se consideraba como un mecanismo que genera obligaciones y trazo su progreso donde su transformación tuvo cambios de desarrollar unos pocos supuestos de derecho originarios entre las partes a una categoría más completa de supuestos.

El derecho solo reconocía como contratos los que cumplían con unos requisitos de formalidad, bajo el sistema *números clausus* que era un sistema pocos supuestos. Cualquier otra forma que careciera de dicha formalidad, carecían de carácter jurídico y de forzoso cumplimiento.

¹VALDERRAMA, Fernando Jiménez. Teoría del contrato y del negocio jurídico. 2015.

El *stipulatio*, fue la primera forma que reconoció el derecho romano como contrato, entendida como la promesa que generaba efectos jurídicos.

Para esta época la gran influencia de los cultos religiosos tenían gran trascendencia para la relevante celebración de contratos por lo que si se quería un resultado deseado debía de realizarse mediante formalidades rituales, la omisión de estos generaba la no producción de efectos jurídicos.

Posterior a estos se generaron dos modelos de contratos por parte de los derechos de los pretores, los que se celebraban por escrito en un libro de contabilidad doméstica del acreedor denominado *litteris* y los que se generaban por la entrega de la cosa denominado *real*. Bajo esta modalidad se regulaba el préstamo, el comodato, el depósito y la prenda.

Por motivos económicos y prácticos se otorga por parte del derecho pretoriano fuerza vinculante a contratos de contenido concreto, de igual forma sin formalidad alguna bastando que las partes expresaran su consentimiento fueron denominados *consensuales*, se regularon los contratos de compraventa, arrendamiento de cosa y servicio, mandato y sociedad.

Entonces, a partir de aquí se desplegarán diferentes tipos de contrato consensuales que comparten principalmente estas características: No requieren formalidad alguna, bastan con que las partes expresen sus sentimientos. Así que, el sistema pasa de *numerus clausus* a otro de *numerus apertus* en el derecho Romano se produce posteriormente y surgen contratos como “contratos nominados y sinalagmático”

Las diferencias entre los contratos consensuales y sinalagmáticos, es que estos últimos no estaban amarrados a los contenidos contractuales de compraventa, arrendamiento, el mandato de sociedad, sino que podían integrarse a cualquier clase de contenido prestacional de dar.

Ahora, es importante mencionar otros tipos distintos de contratos no típicos, gracias a la importancia de los contratos antes mencionados. Estos, son flexibles a las necesidades de las partes y a la economía. Estas bases teórica sólida permitirá la elaboración de distintas instituciones en el derecho privado, entre ellas la denominada excepción de contrato no cumplido.

Luego surgen distintos instrumentos jurídicos dependiendo de la época, de la cultura, el tipo de derecho y la influencia de factores externos sociales como la religión por ejemplo en la época del cristianismo se crearon las bases para crear la teoría contractual porque se aprendió hacer en la palabra del otro, a pactar, la obligatoriedad, etc. Antes de esto en la época Romana, el derecho Canónico a través del derecho canónico logro ajustar los instrumentos jurídicos a las realidades de la Europa de su época.

Luego siglo XII y XIII con la llegada del derecho mercantil se desarrolla con más fuerza la prevalencia de la solución consensual en la creación de los contratos como mecanismo indispensable del desarrollo del comercio. Más tarde, el movimiento codificador es el resultado de siglos después donde se puso el contrato como figura central del ordenamiento jurídico privado. Recibiendo la influencia medieval antes anotada y el apoyo de doctrinas voluntarias y del derecho natural. En este la contratación está basada en el respeto por la voluntad particular como mecanismo generador de obligaciones y contratos.

En cuanto al valor supremo de la autonomía privada igualmente se manifestó en el respeto y protección de pactos fruto de la voluntad libre de los particulares a tal punto que cualquier acuerdo que reuniera las mínimas exigencias de ley debía ser estimado por justo.

Aún más es importante saber y ver como esto prevalece mostrando el valor del contrato de acuerdo en la doctrina codificadora, como afirma Valderrama, F. (2015): “Del código civil las obligaciones tienen numerosas fuentes, dentro de ellas el concurso real de las voluntades de dos o más personas como en los contratos o convenciones”

- Código Civil 1494, 1495.
- Código Comercio en vigencia desde 1972 (824)

Conclusión nuestros ordenamiento jurídico materia de derecho privado, recoge todas las características de la evolución hasta el momento, solo se necesita el reconocimiento de la autonomía privada como generadora de obligaciones, principalmente.

El contrato ha sido un eficaz instrumento para el desarrollo de una economía capitalista la cual evoluciona conforme a los lineamientos económicos de dicho modelo comercial.

La necesidad del sistema de ser modificado por diversos correctivos que parten de la intervención estatal creando normas imperativas restrictivas de la autonomía privada o colocando estatutos determinando la aceptación del consentimiento por parte de estos realizando las disposiciones del pacto términos legales.

2.2.Regulación Rama del Derecho Privado

2.2.1. Ámbito civil

La esencia del ámbito civil de la fuente que da origen a las normas civiles parte del principio de la autonomía de la voluntad y el principio de igualdad.

2.2.1.1 principio de la autonomía de la voluntad.

La definición de autonomía de la voluntad la trae la corte constitucional que determina lo siguiente *“El principio de autonomía de la voluntad privada ha sido definido como el poder de las personas, reconocido por el ordenamiento positivo para disponer con efecto vinculante de los intereses y derechos de los que son titulares y por ende crear derechos y obligaciones, siempre que respete el orden público y las buenas costumbres”*.²

El origen que genera el nacimiento del principio de la autonomía de la voluntad es la búsqueda del interés particular de cada persona, en la persecución de la necesidad personal de cada individuo, estas se relacionan entre sí por medio de diferentes actos jurídicos fundamentando su voluntad e intención en cada acto. En un principio todo acto es permitido desde que este no se encuentre expresamente prohibido. Cuando se expresa la voluntad esta debe de estar exenta de vicios, coacción, fuerza o engaño y debe de llevarse la relación jurídica con personas que tengan capacidad legal para actuar para que el negocio jurídico pueda desarrollar efectos.

El principio de autonomía de la voluntad es la potestad que tienen las personas, reconocido por el ordenamiento jurídico de tal forma que su voluntad tenga efectos vinculantes dentro de sus intereses y derechos de los cuales son titulares, respetando el sistema jurídico y las buenas costumbres, generando obligaciones y derechos resultados del convenio entre las partes.

2.2.1.2. Principio de igualdad

En el ámbito civil al momento de la convención los sujetos de derecho que hacen parte de esta se encuentran en un equilibrio de cargas de igualdad, ninguno puede exigir del otro nada que no se encuentre en un acuerdo establecido.

2.2 Ámbito comercial (Art. 822)

Las normas tienen su origen desde una concepción política y se afianza en una actitud reflexiva del derecho. Las normas mercantiles se encuadran dentro de unos lineamientos estatutarios y verbales de actos específicos propios, denominados de esta manera por ser parte del desarrollo de conductas que la ley considera propias de la actividad mercantil.

Mientras que la costumbre son aquellos actos contemporáneos, espontáneos del derecho que por el uso reiterado y la práctica del mismo generan una aceptación legal, la cual se consolida como una fuente normativa. Estas dos manifestaciones de la creación de derecho positivo mercantil y su respectiva regulación, son consideradas como la forma que se dan las disposiciones jurídicas mercantiles.

²Sentencia C-1194/08

El profesor José Ignacio Narváez García en su libro fuentes del derecho comercial afirma *“En el ordenamiento jurídico colombiano la fuente por antonomasia es la ley. La costumbre también tiene esa categoría cuando reúne las condiciones exigidas por el legislador para configurar una norma social obligatoria.”*³

La norma escrita es la forma como se manifiestan las reglas jurídicas, en el caso del ámbito comercial es la facultad del legislador para delimitar todas las actuaciones relacionadas con la materia mercantil.

Teniendo como referencia el art 822 del código de comercio que reza *“Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa.*

La prueba en derecho comercial se regirá por las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, salvo las reglas especiales establecidas en la ley.”

Las relaciones del ámbito mercantil tienen su origen en los principios contractuales del derecho civil, lo que se considera como acto mercantil el legislador le da su categoría por ser actos propiamente de esta materia y lo categoriza en unas actuaciones particulares.

2.3. Diferencias

2.3.1. Convención

El art 1495 del c.c. la define de la siguiente manera *“Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas.”* Aunque el código civil los trabaja como sinónimos estos tienen unas diferencias. Convención es lo general y el contrato es lo particular. Por regla general el contrato genera obligaciones la convención se pueden convenir cosas que generalmente no son obligatorias. El contrato por lo general puede generar efectos patrimoniales sin descartar los morales, la convención no necesariamente genera efectos patrimoniales.

2.3.2. Negocio Jurídico

³GARCÍA, José Ignacio Narváez. *Derecho mercantil colombiano*. Inversiones Bonnet, 1971.

El profesor Pablo Andrés Garcés Vázquez en su libro teoría del negocio jurídico ⁴ da una aproximación conceptual de lo que se entiende por negocio jurídico *“Es un instrumento –forma-que el ordenamiento jurídico otorga a las personas-sujetos de derecho-para la disposición de intereses personales, familiares o patrimoniales – contenido-.”* Esta aproximación conceptual comprende el negocio jurídico como el instrumento que genera la producción de efectos jurídicos permeado de la declaración de la voluntad de las partes contratantes, enmarcadas en la esfera de unos requisitos formales y enmarcados dentro del contexto de la licitud propia de los negocios jurídicos.

Todas las relaciones jurídicas contractuales deben de comprender una relación jurídica subyacente, en el ámbito contractual el negocio jurídico es propio de la relación sustancial entre las partes que van a ejecutar, el resultado de los actos de ejecución del contrato es resultado de este.

El contrato como acuerdo de voluntades es un negocio jurídico pero no todos los negocios jurídicos son contratos, es propio decir que el testamento por tener una declaración de voluntad unilateral o los títulos valores pueden ser generados de un negocio jurídico y estos no cumplen las condiciones que los determinen como contratos, aun teniendo elementos de este.

2.3.3. Contrato

El contrato parte de la existencia de un acuerdo de voluntades, donde las partes se obligan recíprocamente y su finalidad jurídica es la de crear o transmitir derechos entre las partes que lo suscriben. El contrato es un acto donde se observa la participación de dos o más partes y su finalidad principal es la de crear derechos y obligaciones. La actividad de contratar se recae sobre cualquier materia que no se encuentre prohibida y parte bajo el principio de la autonomía de la voluntad. Las relaciones que nacen entre las partes tienen fuerza de ley para las partes contratantes y su perfeccionamiento se da con el mero consentimiento de las partes.

Una aproximación conceptual de la definición del contrato nos lo da el profesor Pablo Andrés Garcés Vázquez en su libro teoría del negocio jurídico *“entendemos por contrato un negocio jurídico pluripersonal de contenido patrimonial jurídicamente relevante, el cual requiere como elemento central el acuerdo de voluntades de las partes – aunado a las formas que excepcionalmente demanda- y cuyo efecto connatural es la producción de obligaciones.”*⁵

⁴VÁSQUEZ, Pablo A. El contrato: aproximación conceptual En: Teoría del Negocio. Primera edición. Medellín, 2005. Biblioteca jurídica. p. 61

2.3.4. Acto Jurídico

Considerado como la manifestación de la voluntad susceptible de producción de efectos jurídicos. Para lograr la producción de efectos jurídicos es necesario que los actos que realicen las partes estén constituidos conforme a la ley establecida. Un acto jurídico constituye actuar consiente y voluntario, con el propósito de crear, modificar o extinguir derechos. El contrato es un acto jurídico generador de obligaciones.

2.4. Características

2.4.1. Principal

La subsistencia por sí misma del contrato sin la necesidad de otro tipo de convención es lo que lo hace principal, así lo determina el art 1499 c.c. *“El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin la necesidad de otra convención”*, debe entenderse en relación al derecho que se encuentra incorporado por sí mismo es suficiente para la creación del contrato, la existencia del mismo y la producción de efectos jurídicos independientes de otro negocio jurídico. Se puede concluir que es un contrato existente *persé*, por el contenido del derecho que incorpora, ejemplos de ello son: el contrato de donación – art 1443 c.c., el suministro –art 968 c.c., el compraventa 1850 c.c., 905 c. cio., entre otros.

2.4.2. Accesorio

Como lo determina el art 1499 c.c. *“accesorio, cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella”*. Esto es que requiere de la existencia de otro negocio jurídico para lograr la existencia del mismo. Para el nacimiento o la celebración presupone la existencia de otro contrato.

El objeto de este es asegurar el cumplimiento de una obligación principal, que no puede subsistir sin esta. Ejemplo la hipoteca – art 2432 c.c., la prenda – art 2409 c.c.

2.4.3. Unilateral

5VÁSQUEZ, Pablo A. El contrato: aproximación conceptual En: Teoría del Negocio. Primera edición. Medellín, 2005. Biblioteca jurídica. p. 75

El contrato es unilateral solo cuando genera obligaciones para una de las partes. Una de las partes queda impuesta la obligación de las prestaciones y la otra es libre de la exigibilidad de las mismas.

La diferencia entre negocio jurídico unilateral y el contrato unilateral es que el negocio jurídico no hay acuerdo de voluntades mientras que en el contrato unilateral si existe acuerdo de voluntades pero solo obliga a una de las partes. Ejemplo del contrato unilateral, la donación art 1443 del c.c.

Como lo determina el art 1496 de c.c. *“El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna”*.

2.4.4. Bilateral

Como lo recita el art 1496 del c.c. *“bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente”*. Desde el perfeccionamiento del contrato las partes se obligan recíprocamente. Las partes son deudoras y acreedoras al mismo tiempo de la relación del negocio jurídico que se lleva a cabo, bien sea para llevar el desarrollo del derecho que se está negociando, las partes quedan obligadas al cumplimiento de la prestación que se dio a lugar en los actos de negociación del contrato. En tal caso el contrato impone obligación a cargo de ambas partes. La obligación es mutua y recíprocamente. Ejemplo de bilateral está el contrato de suministro art 968 del código de comercio, fideicomiso art 793 de c.c.

2.4.5. Consensual

El contrato es consensual cuando su perfeccionamiento se da con el acuerdo de voluntades de las partes en relación con los elementos esenciales del respectivo contrato. El contrato es consensual cuando ha sido aceptado por acuerdo, donde las partes por convenio determinan los elementos que se van a tener en cuenta en la relación sustancial a desarrollar. El art 1500 c.c. tiene en su redacción *“es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento”*. Ejemplo: la compraventa de bien mueble art 1849 c.c., el arrendamiento art 1973 c.c.

2.4.6. Real

Como lo determina el art 1500 c.c. *“El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere”*. Para que el contrato sea perfecto requiere de la entrega o la tradición del bien. Nace a la vida jurídica con la entrega de la cosa o en virtud a su tradición. Ejemplo: el comodato art 2200 c.c. y mutuo art 2222 c.c.

2.4.7. Solemne

El contrato es solemne cuando este es sometido a ciertas formalidades esenciales las cuales sin estas no es posible que se dé la producción de efectos jurídicos. Art 1500 c.c. *“es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil”*. Ejemplo art 1611 c.c. contrato de promesa civil y el art 2434 c.c. contrato de hipoteca.

2.4.8. Oneroso

El contrato oneroso es el que celebran las partes con una intención o ánimo de lucro. Como lo determina el art 1497 c.c. *“es oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro”*. Las partes procuran la celebración con un interés pecuniario.

Ejemplo de estos tenemos los contratos de compraventa art 1849 c.c., art contrato de arrendamiento art 1973 c.c.

2.4.9. Gratuito

El contrato gratuito es que se encuentra desprovisto de un ánimo lucrativo, las partes lo celebran por la mera liberalidad o generosidad. El art 1497 c.c. *“El contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen”*.

Ejemplo del contrato gratuito esta la donación art 1443 c.c., el comodato art 2200 c.c.

2.4.10. Conmutativo

Los contratos conmutativos son aquellos en los que las prestaciones quedan determinadas por las partes definitivamente desde el momento de la celebración del contrato. El requisito para que el contrato sea conmutativo es que las prestaciones que hacen parte del contrato que se va a celebrar se encuentren determinadas por los sujetos contratantes al momento de su celebración. El contrato conmutativo es el que genera cargas equivalentes y reciprocas entre las partes. El art 1498 del c.c. da a conocer que *“El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez”*. Ejemplo: el mandato art 2142 c.c., el de obra 2053 c.c.

2.4.11. Aleatorio

El contrato aleatorio es aquel en el cual las partes convienen dejar a la suerte o al azar el surgimiento de las obligaciones. La equivalencia de las prestaciones no es determinada o son contingencias inciertas que se dan lugar a los efectos que se generen como resultado del contrato. Como lo determina el art 1498 c.c. “*si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio*”. Ejemplo de aleatorio tenemos el contrato de seguro art 1036 c.c., los contratos de juego, la apuesta y la constitución de renta vitalicia art 1036 c.c.

2.4.12. Nominado

El Profesor Pablo Andrés Garcés Vázquez en su libro teoría del negocio jurídico ⁶ nos trae su noción de contrato nominado “*De manera escueta se puede afirmar que es una figura comercial a la cual se le ha fijado un nombre o título; dicha denominación contractual no comporta necesariamente que se halle regulado expresamente en la ley.*”

Los contratos nominados son los contratos que están incorporados en el código civil que tienen un nombre que los determina según el tipo de derecho que en él se hace alusión. Es la figura jurídica comercial a la cual se le ha fijado un nombre y un título. Existen varios tipos como lo son el contrato de arrendamiento ley 820 del 2003, contrato de donación art 1443 c.c., contrato de depósito art 2236 c.c. entre otros. Algunos autores comparan esta figura con el contrato típico pero diversificamos con esta ideología toda vez que un contrato atípico aunque no esté estructurado o disciplinado en su contenido de manera expresa por un legislador, si se encuentran reconocido por normas que lo regulan y permiten su incorporación como un negocio jurídico que se utiliza en el sistema jurídico colombiano. Prueba de ello son el leasing⁷, el factoring⁸, swaps⁹, EL CULF. El

⁶VÁSQUEZ, Pablo A. El contrato: aproximación conceptual En: Teoría del Negocio. Primera edición. Medellín, 2005. Biblioteca jurídica. p. 111

⁷[Citado el 18 de Agosto de 2016] Disponible en <<http://www.milejemplos.com/contratos/ejemplo-de-contrato-leasing.html>>

⁸[Citado el 18 de Agosto de 2016] Disponible en <<http://www.todalaley.com/mostrarFormulario108.htm>>

⁹[Citado el 21 de Agosto de 2016] Disponible en <<http://www.gerencie.com/que-son-los-swaps.html>>

contrato nominado es aquel que tiene nombre así este o no regulado en el ordenamiento jurídico.

2.4.13 Innominados

Los contratos innominados son los que no regulada expresamente en el ordenamiento jurídico colombiano, es una figura jurídica que ha emergido desde la doctrina, de los cuales podemos referir al doctor, Pablo Andrés Garcés Vázquez en su libro teoría del negocio jurídico ¹⁰*“este contrato se caracteriza por cuanto los sujetos de derecho que se sirven de él se cimentan en términos categóricos, terminantes y absolutos en el principio de la autonomía privada, lo que comporta la ausencia de un distintivo denominador”*, en ese mismo sentido se extrae el siguiente concepto *“ los contratos innominados son aquella categoría de contrato atípico donde las partes no acuden a forma o tipo contractual previamente establecido por la Ley; sino, en uso de su plena autonomía, a los pactos, cláusulas o condiciones que tengan por conveniente, siempre, claro está, que no sean contrarios a la Ley, la moral o al orden público”*¹¹. Se puede concluir que la característica de contrato innominado es aquel que no está denominado de forma expresa, no aparece descrito ni regulado en el ordenamiento jurídico, sin embargo las practicas han permitido su existencia y su consolidación en el mundo de la teoría de los contratos, ejemplo de ellos son las relaciones comerciales¹² atípicas que emergen de cláusulas contractuales derivadas del ejercicio comercial, es por ello que se hace difícil encontrar ejemplos diferentes a los contratos atípicos ya expresados arriba.

2.4.14. Típico

El profesor Pablo Andrés Garcés Vázquez en su libro teoría del negocio jurídico¹³ expresa *“Es aquel que ha sido expresamente regulado por el legislador*

¹⁰VÁSQUEZ, Pablo A. El contrato: aproximación conceptual En: Teoría del Negocio. Primera edición. Medellín, 2005. Biblioteca jurídica. p. 112.

11

[Citado el 18 de Agosto de 2016] Disponible en http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUmJQ2NDtbLUouLM_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhIQaptWmJOcSoAF-Sn-jUAAAA=WKE.

¹² Fundamento art. 4 Código de Comercio.

en razón de su potestad normativa, lo que denota que las partes disponen de una disciplina legal y específica para el contrato que deciden celebrar.”

Los contratos típicos son los que poseen regulación legal. Expresamente ha sido regulado por el legislador lo que denota que las partes se deben acoplar a los lineamientos y requisitos de cada negocio jurídico en específico. Por esto las partes deben de adecuar el negocio jurídico que van a realizar sin sobrepasar los límites impuestos por estas normas imperativas, las cuales comprenden elementos esenciales, estructurales que comprenden cada contrato en concreto. Como ejemplo de los contratos típicos tenemos el contrato de compraventa, el contrato de usufructo, el contrato de arrendamiento, contrato de permuta, el contrato de comodato, entre otros.

2.4.15. Atípico

El contrato atípico es el que no se encuentra especificado en el ordenamiento jurídico como tal. Los contratos atípicos carecen de regulación legal específica. Donde las partes haciendo uso de la autonomía de la voluntad para la facultad que se le permite en las contrataciones, estas imponen las condiciones y las premisas sobre las cuales se lleva la relación jurídica, apartándose de ciertos parámetros de los tipos legales, entendiéndose desde el punto de no entrar en la esfera de la ilegalidad. El contrato atípico si bien tiene su ámbito en una esfera contractual basado en la autonomía de la voluntad, esta debe de cumplir los requisitos de existencia y validez exigidos para cualquier negocio jurídico contractual en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 1502 del código civil *“Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1o.) que sea legalmente capaz. 2o.) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio. 3o.) que recaiga sobre un objeto lícito. 4o.) que tenga una causa lícita. La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra.”*, ejemplo de ello son jointventure¹⁴, franquicia¹⁵, CLUF¹⁶

2.4.16. LibreDiscusión

13VÁSQUEZ, Pablo A. El contrato: aproximación conceptual En: Teoría del Negocio. Primera edición. Medellín, 2005. Biblioteca jurídica. p. 113.

14[Citado el 13 de Agosto de 2016] Disponible en <
<http://www.globalnegotiator.com/files/modelo-contrato-joint-venture-internacional-ejemplo.pdf>.

15[Citado el 13 de Agosto de 2016] Disponible en <
<http://www.unidroit.org/spanish/guides/1998franchising/franchising-guide-s.pdf>.

Para el profesor Pablo Andrés Garcés Vázquez en su libro teoría del negocio jurídico comparte la noción del contrato de libre discusión, es la *siguiente* “*el contrato de libre discusión es un negocio jurídico bilateral en virtud del cual ambas partes en pie de la igualdad, deliberan y regatean en torno a todas y cada una de las condiciones que regirán la celebración y ejecución del contrato.*”¹⁷

El contrato de libre discusión es aquel donde las partes contratantes discuten mutuamente de las obligaciones que van a contraer. Este contrato es en el que las partes discuten a su antojo todas y cada una de las cláusulas. Este contrato tiene una etapa pre contractual donde los actores que hacen parte de la relación sustancial deliberan en un debate que da como resultado los términos de la negociación. Ejemplo de este, el contrato de mutuo art 221 c.c., arrendamiento art 1973 c.c.

2.4.17. Adhesión

La principal característica del contrato de adhesión se encuentra en su creación, parte en que una de las partes determina las condiciones del negocio jurídico y la otra parte contratante determina si acepta o no las condiciones del mismo, adhiriéndose a la totalidad de todos los términos del contrato. El profesor Pablo Andrés Garcés Vázquez en su libro teoría del negocio jurídico comparte la siguiente definición “Es aquel en virtud del cual una de las partes predispone la regulación de las conductas. La otra se adhiere a dicha regulación y acepta la celebración del contrato en tales términos”¹⁸. La contraparte determina si acepta o no los términos del contrato, por regla general esta no propone cambios al contrato y eso es lo esencial del contrato de adhesión, la contra parte decide si se allana al contrato o lo rechaza. Ejemplo de ello tenemos el contrato de seguros artículo 1036 c.c., el de transporte artículo 1008 c.c.

2.4.18. Ejecución Instantánea

La característica principal del contrato de ejecución instantánea, es el cumplimiento de las obligación recíproca instantáneamente para las partes, las

16[Citado el 13 de Agosto de 2016] Disponible en <<https://support.microsoft.com/es-es/KB/243258>.

17VÁSQUEZ, Pablo A. El contrato: aproximación conceptual En: Teoría del Negocio. Primera edición. Medellín, 2005. Biblioteca jurídica. p. 108.

18VÁSQUEZ, Pablo A. El contrato: aproximación conceptual En: Teoría del Negocio. Primera edición. Medellín, 2005. Biblioteca jurídica. p. 108.

obligaciones tienen un cumplimiento inmediato. Las obligaciones son idóneas para su ejecución ipso facto a su creación. La exigibilidad de las obligaciones gira en torno a relación jurídica que las partes contratantes están dispuestas a sujetarse, porque el solo contrato otorga esta potestad. Una vez perfeccionado el negocio jurídico, las partes recíprocamente quedan en mora para el cumplimiento de la obligación conjuntamente. Ejemplo la compra venta de inmueble art 1849 c.c., la permuta art 1955 c.c.

2.4.19. Ejecución Sucesiva

Los contratos de ejecución sucesiva son los que se cumplen por las partes o por lo menos por una de ellas que trasciende temporalmente, este es aquel que no es susceptible de ser cumplido inmediatamente. Se caracteriza por que las obligaciones de las partes se cumplen de manera periódica. Dado a su naturaleza esta debe cumplirse acompañada del paso del tiempo, ejemplo de esto tenemos el contrato de comodato artículo 2200 c.c., el contrato de arrendamiento ley 820 del 2003.

2.5. Elementos Del Contrato art 1501 c.c.

En Colombia existen 3 elementos del contrato, los compete el código civil en el artículo 1501 que reza lo siguiente “se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las cosas que son de su naturaleza y las puramente accidentales. Estos elementos esenciales son diferentes a los elementos que comprenden un contrato como lo son la capacidad, el objeto, consentimiento, causa, sin los cuales no se configuraría el valor de un contrato o inclusive daría lugar a la creación o la no existencia de otra figura jurídica. Estos tres elementos como los define el artículo 1501 del código civil de la siguiente forma:

- *“Son de la esencia de un contrato aquellas cosas, sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degenera en otro diferente”.*
- *“Son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en el, se entiende pertenecerle, sin la necesidad de una clausula especial”.*
- *“Son accidentales a un contrato aquellas que ni esencialmente ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan en clausulas especiales”.*

2.5.1. Elementos Esenciales

Según el profesor Pablo Andrés Garcés Vásquez en su libro teoría del negocio jurídico ¹⁹los elementos esenciales del contrato “*son aquellos que devienen de norma jurídica imperativa y sin los cuales el contrato no nace a la vida jurídica o degenera en otro distinto*”. Es por esto que si las partes toman una postura de omitir estos elementos, el ordenamiento jurídico toma una posición frente al negocio jurídico que se celebra, sobre este versa el rechazo entendido como la inexistencia del mismo o como la conversión del negocio por otra figura jurídica. Los elementos de existencia no solo son elementos del contrato, sino que también son requerimientos de existencia del negocio. Si bien son los elementos del contrato como tal, ejemplo de ello tenemos la compraventa de un vehículo automotor el cual se pacta un precio y al momento del perfeccionamiento del contrato de conformidad con la solemnidad que se requieren para el contrato de compraventa de vehículo automotor, se destruye el automotor por razones externas a las partes contratantes, el contrato se torna inexistente por falta del objeto. El caso donde una compraventa de un inmueble se fija el bien y no el precio es un claro ejemplo de la inexistencia del contrato de compraventa por faltar uno de los elementos esenciales que se encuentran consagrados en el artículo 1849 y por consiguiente el contrato al faltar el elemento precio muta a otro tipo de contrato como lo es el contrato de donación art 1443 del código civil.

Los elementos esenciales son los que individualizan un contrato de otro y le dan la distinción que hay entre estos. En el ordenamiento jurídico colombiano cada contrato está tipificado dentro de los elementos que lo caracterizan y por los cuales se identifica la relación jurídica que las partes quieren lograr al realizar ese tipo de contratación. Por lo que estos deben de estar de forma expresa en el ordenamiento jurídico y las partes no deben al momento de celebrar un contrato omitirlos, suprimirlos o variarlos por que generaría que el negocio jurídico sea inexistente o mute en otro tipo de contrato.

2.5.2. Elementos Naturales

Los elementos naturales son los que por ley se encuentran inmersos en un contrato por el principio de incorporación. Se encuentran implícitos en los contratos por orden de ley y en ocasiones por normas supletorias. Ejemplo de ello cuando las partes realizan un negocio jurídico y no pactan los intereses se sobre entiende que por una ficción legal son los intereses corrientes legales a los que se podrían llegar a cobrar inclusive si las partes no lo convinieron en el contrato.

¹⁹VÁSQUEZ, Pablo A. El contrato: aproximación conceptual En: Teoría del Negocio. Primera edición. Medellín, 2005. Biblioteca jurídica. p. 76.

Estos elementos son incorporados por el ordenamiento jurídico que integran el contenido del contrato, estos elementos lo complementan y no necesita de clausula especial para hacer parte del contrato.

Según el profesor Pablo Andrés Garcés Vásquez en su libro teoría del negocio jurídico²⁰ las fuentes de los elementos naturales son dos:

- Principio de incorporación. Artículo 38 de la ley 153 de 1887 ley por la cual se reforman y adicionan los códigos nacionales. Es este articulo habla que en todo contrato se entenderán incorporadas todas las leyes vigentes al momento de su incorporación.
- La costumbre. Los artículos 1621 inc 2 y 1603 del código civil, que tratan de la interpretación que se le debe de dar a los contratos conforme a la naturaleza de los mismos y la ejecución de los contratos que debe de estar permeada de buena fe y la obligación que emana no solo de la voluntad que se encuentra expresada en estos, sino de todas las otras que por ley estén inmersas o que por la naturaleza del contrato pertenecen a esta. El artículo 871 del código de comercio que habla que no solo se obliga a lo que se está expreso sino también a todo lo que resulte conforme a la naturaleza del contrato según la ley, la costumbre y la equidad natural. El artículo 13 de la ley 153 de 1887 también habla que la costumbre constituye derecho a falta de legislación positiva.

Los elementos de la naturaleza son dos los elementos naturales imperativos que son los que se encuentran consagrados en la norma jurídica imperativa y no pueden ser suprimidos, y los elementos naturales dispositivos los cuales la norma jurídica dispositiva le permite a las partes excluirlo o modificarlo, el elemento dispositivo solo integra el contrato si las partes no determinan lo contrario.

2.5.3. Elementos Accidentales

Estos están fundamentados con las normas dispositivas y tienen que ver con las partes tienen la potestad de elegir las reglas por las cuales van a realizar y ejecutar el contrato basándose en la autonomía de la voluntad. Estos elementos deben de estipularse en clausulas especiales toda vez que no pueden ser inferidos o presumidos. La supresión o la no inclusión de estos elementos no afectan la creación, ni el perfeccionamiento del contrato, ni su validez.

²⁰VÁSQUEZ, Pablo A. El contrato: aproximación conceptual En: Teoría del Negocio. Primera edición. Medellín, 2005. Biblioteca jurídica. p. 79.

Las funciones de los elementos accidentales son dos:

- La primera es la de satisfacer las necesidades que tienen las partes que tienen la relación jurídica.
- La segunda la de alterar los elementos naturales de orden supletivo.

2.6. Requisitos de existencia y validez

Los requisitos de existencia y validez de un contrato los trae el artículo 1502 del código civil, que reza lo siguiente:

“Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario”:

Del art 1502 del c.c. se pueden apreciar unos elementos de existencia y validez los cuales calificaremos de la siguiente manera:

2.6.1. Existencia

Los elementos de existencia son aquellos que son imprescindibles, sin los cuales no podría llegar a conformarse el acto jurídico.

El profesor Pablo Andrés Garcés Vásquez en su libro teoría del negocio jurídico afirma *“son cinco: sujetos de derecho, consentimiento, objeto, causa, forma sustancial o forma constitutiva”*²¹

2.6.1.1. Los sujetos de derecho

Por regla general lo habitual es que los negocios jurídicos sean realizados por personas jurídicas, quienes por variedad de eventualidades prestan sus consentimientos para cumplir necesidades o para beneficiarse de los acuerdos.

Los sujetos de derecho se pueden calificar en personas con una categoría legal que permite el ordenamiento jurídico para adquirir diferentes tipos de relaciones conforme a la situación jurídica en la que se encuentran, estos son personas jurídicas, las cuales según como se encuentran conformadas requieren de una categoría especial de requerimientos para que puedan realizar la actividad a la cual se están determinando. Además están las personas que no requieren de unos requisitos especiales para subsistir, pueden realizar diferentes actuaciones

²¹VÁSQUEZ, Pablo A. El contrato: aproximación conceptual En: Teoría del Negocio. Primera edición. Medellín, 2005. Biblioteca jurídica. p. 222.

conforme a los derechos que por índole le son propios, son personas denominadas naturales. Es válido aclarar que ambas son personas susceptibles de contraer derechos y obligaciones.

2.6.1.2. El consentimiento

El consentimiento es la manifestación exteriorizada del sujeto, compuesta por dos elementos uno interior como lo es la voluntad y otro exterior como lo es la exteriorización de esta.

Lo interior debe de estar permeado de la conciencia que tiene el agente para interiorizar el negocio jurídico que va a realizar y previo a esto la intención de realizarlo, es decir que sea realizado un acto consiente de voluntad. En conclusión el consentimiento requiere de la voluntad y la exteriorización de la misma para que este sea un requisito de existencia de los actos jurídicos.

2.6.1.3. El objeto

El objeto es aquello sobre lo que se materializa el negocio jurídico, es la realidad material en la que el negocio jurídico recae. Es sobre lo que versa la necesidad, utilidad o interés.

El objeto es sobre lo que recae el efecto jurídico producto del negocio jurídico, esto es determinado por la manifestación de voluntades de las partes contratantes o por factores de disposición legal, esto conforme al tipo de normatividad según la norma existente.

Así como lo dispone el art 1518 del c.c. “requisitos de los objetos de las obligaciones. No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciales y que estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género.

La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla.

Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público.”

En el entendido que no solo es válido afirmar que la existencia del negocio jurídico versa en la existencia concreta o condicional de la prestación que esta comprende, ni de las cosas que a su vez determina. La existencia del contrato o convenio no está supeditada a la existencia del objeto, puede existir el perfeccionamiento del acto jurídico con la sola manifestación de la voluntad sobre hechos que versan a futuro, cuando pactan sobre la producción de una cosecha o

a su vez sobre condiciones que pueden producirse en el tiempo, de alguna el ordenamiento jurídico permite que se lleven este tipo de relaciones y da especiales criterios la protección del acto que se realiza.

2.6.1.4. La causa

Se entiende por causa como el motivo, el elemento de existencia por el cual las partes individualmente se obligan, es el móvil que impulsa a las personas a realizar el negocio jurídico. Entendiendo causa desde el ámbito de finalidad como resultado del negocio realizado, o de causa como el hecho generador de la relación jurídica como le es el contrato, o el delito o la ley.

El art 1524 del c.c. expresa la causa de la siguiente manera *“No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.*

Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita.”

2.6.1.5. La forma sustancial

La formación sustancial o constitutiva, trata de los contratos que requiere de ciertos pasos que componen la relación jurídica por la existencia de dicho tipo de negocio, es el rito que conforma el negocio jurídico por tratarse de ciertos contratos que por tener características sociales o económicas solo se llevan a cabo conforme a los lineamientos determinados en la ley. Por ser negocios jurídicos en específicos se desarrollan con unas características únicas que lo conforman. Este es un requisito de existencia porque la ley lo presupone y lo permite conforme se encuentre constituido.

2.6.2. Validez

Los requisitos de validez son aquellos que tienen que tienen su origen legal, sus presupuestos son de orden legal. Parten de unas premisas, acompañan la relación jurídica sustancial en busca del perfeccionamiento del negocio jurídico y sin los cuales no adquiere valor alguno.

2.6.2.1. Que sea legalmente capaz

En Colombia la capacidad de una persona se presume. La capacidad de una persona de ser sujeto de derecho y contraer derechos es un atributo de la personalidad. Pero es una presunción legal toda vez que esta puede ser limitada para el tipo de relaciones jurídica que se va a realizar, es tal de esta manera que la capacidad de contraer obligaciones y realizar negocios jurídicos solo lo pueden

realizar las personas mayores de edad , los menores que sus negocios y actividades estén permeados por el ejercicio y la administración de sus representantes legales, o las personas mayores que previa una declaratoria de inimputabilidad no poseen la capacidad legal para realizar negocios jurídicos y requieren tener representantes legales para que los negocios que se realicen en nombre de estos no carezcan de un vicio de validez y así el negocio que se realice este permeado de una seguridad jurídica . Para que un mayor de edad sea declarado inimputable debe realizarse previa instancia judicial donde el juez determina si la persona es capaz o no de ser sujeto de contraer obligaciones, y de igual manera para que salga de este estado de inimputabilidad debe ser declarado por un juez.

2.6.2.2. Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.

Como lo expresa el autor Fernando Jiménez Valderrama en su libro teoría del contrato y del negocio jurídico²², *“el consentimiento contractual se conforma a partir de la manifestación de la voluntad de contratar por una parte y la manifestación recepticia y aceptación por la otra u otras partes de la generación del contrato”*.

El principio en el que se basa el consentimiento es que se haya formado de la voluntad libremente expresada es por ello que si la voluntad esta permeada de error, de violencia o de dolo el ordenamiento colombiano ha dispuesto la invalidez del acto contractual y la no capacidad para generar efectos jurídicos.

Una vez celebrado el contrato bajo la condición de libertad para las partes, lo pactado no solo genera efectos jurídicos sino que el contrato se encuentra permeado de criterios de validez y logra la perfección del contrato.

Los vicios de consentimiento son los eventos en los que el consentimiento y la voluntad se encuentran nublados por una afectación propia del criterio de libertad contractual de las partes que intervienen en la celebración del negocio jurídico. El artículo 1508 del código civil establece que los vicios del consentimiento son el error, la fuerza y el dolo.

a. El error: existen tres clases de error.

Esta el error de hecho es el que versa sobre una situación en concreto, es la confusión que ocurre en el acto específico. A la vez este error de hecho comprende el error de hecho sobre la especie de acto u objeto lo trae el art 1510

²²Valderrama, F. J. (2015). Teoría del contrato y del negocio jurídico.

del c.c. *“El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito y la otra donación; o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si en el contrato de venta el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra.”*; tenemos también el error de hecho sobre la calidad del objeto a lo que hace alusión el art 1511 del c.c. *“El error de hecho vicia asimismo el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato, es diversa de lo que se cree; como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata, y realmente es una masa de algún otro metal semejante.*

El error acerca de otra cualquiera calidad de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte.”

Mientras que el error de derecho se refiere al desconocimiento del actor de la existencia de la norma jurídica en concreto. El art 1509 del c.c. especifica *“El error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento”*.

Por último está el error sobre la persona según el art 1512 del c.c. *El error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar, no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato.*

Pero en este caso la persona con quien erradamente se ha contratado tendrá derecho a ser indemnizada de los perjuicios en que de buena fe haya incurrido por la nulidad del contrato.

b. El dolo:

Son esos comportamientos engañosos que pueden llevar a la parte a realizar conductas las cuales de otra manera no las hubiera desarrollado. Para que el dolo se establezca como vicio de consentimiento debe provenir de una parte del contrato. Como lo establece el art 1515 del c.c. *“El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él no hubiera contratado. En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el total valor de los perjuicios y contra las segundas hasta concurrencia del provecho que han reportado del dolo.”* El dolo no se presume este debe probarse como lo determina el art 1506 del código civil.

c. La fuerza:

La fuerza o violencia no permiten que se dé un consentimiento válido. Los artículos 1513 y 1514 del código civil establecen que por la fuerza o la violencia

puede invalidar el contrato por ser un vicio de consentimiento. Para que la fuerza constituya vicios de consentimiento debe de establecerse una amenaza considerable a una de las partes, que el mal que amenaza a la parte contratante sea relevante y que este temor sea determinante para que el actor realice dicha conducta.

2.6.2.3. Objeto lícito

El profesor Fernando Jiménez Valderrama en su libro teoría del contrato y del negocio jurídico explica *“En este sentido, el objeto del contrato son las obligaciones y prestaciones que surgen en virtud de la celebración del contrato.”*

El objeto del contrato son las obligaciones y prestaciones que surgen por la celebración de un negocio jurídico y las características que este comprende en la formación del contrato. Las obligaciones pueden ser de dar, hacer o no hacer como lo establece el artículo 1517 del código civil. Son requisitos del objeto que este exista, no se pueden contemplar eventos que no se puedan realizar, la prestación objeto debe versar sobre cosas que estén en el comercio, la licitud el objeto sobre el cual versa el contrato debe ser lícito no puede estar por fuera del marco de lo que se contempla dentro del ordenamiento jurídico, y por último el objeto debe ser determinable.

2.6.2.4. Causa lícita

Según el art 1524 c.c. *“No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.*

Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita. “

La causa lícita es un elemento de existencia y validez del negocio jurídico. Todo acto jurídico debe de estar ajustado conforme los criterio de validez de los criterios legales preexistentes.

2.6.2.5. Solemnidades y formalidades

La solemnidad hace referencia a la existencia de una categoría de contratos que requieren de unos requisitos establecidos por la ley para ser válidos, es en ese sentido que la exteriorización de la voluntad por parte de las partes contratantes es un componente del acto jurídico y a falta de este requisito genera la inexistencia del acto jurídico.

La formalidad como requisito de validez da referencia a la característica que da el legislador al contrato, para que con la formalidad asignada este le otorgue carácter de válido al negocio jurídico que se va a realizar. En el entendido que la voluntad de las partes contratantes debe exteriorizarse en las formalidades pre establecidas por la ley de conformidad con el tipo de contrato, como consecuencia si se hace un acto contrario puede ser anulado el acto celebrado. Ejemplo de formalidad legal sería la compraventa, cuando se realiza la venta de bien inmueble se debe realizar a través de escritura pública que es un documento público, si se realiza mediante documento privado el contrato es existente pero esta permeado de nulidad, por hacerle falta el requisito propio del contrato de compraventa de bien inmueble el cual es la escritura pública, que es un requisito legal pre establecido para este tipo de contrato.

Capítulo 3

Análisis Jurídico Del Contrato de licencia de usuario final o CLUF: Facebook.

SUMARIO: 3.1. Definición; 3.2. Relación Jurídica: 3.2.1. Negocio Jurídico Tipo Contrato, 3.2.2. Naturaleza Jurídica Norma Mercantil; 3.3. Características: 3.3.1. Principal, 3.3.2. Bilateral, 3.3.3. Formal, 3.3.4. Oneroso o Gratuito, 3.3.5. Conmutativo, 3.3.6. Nominado, 3.3.7. Atípico, 3.3.8. Adhesión, 3.3.9. Ejecución Sucesiva; 3.4. Elementos esenciales, naturales y accidentales del CLUF: 3.4.1. Elemento esenciales, 3.4.2. Elementos naturales, 3.4.3. Elementos accidentales; 3.5. Requisitos de existencia: 3.5.1. Sujetos de derecho, 3.5.2. Objeto, 3.5.3. Consentimiento, 3.5.4. Causa.3.6. Requisitos de Validez: 3.6.1. Que sea legalmente capaz, 3.6.2. Que su consentimiento adolezca de vicio, 3.6.3. Causa lícita, 3.6.3. Objeto lícito, 3.6.4. Solemnidades y formalidades; 3.7. Partes contratantes; 3.7.1. Facebook, 3.7.2. Usuario Persona Natural: 3.7.2.1. No Comerciante, 3.7.2.2. Comerciante.3.7.3. Usuario persona jurídica: 3.7.3.1. No comerciantes, 3.7.3.2. Comerciante.

Introducción

En este capítulo se analiza la eficacia del contrato de licencia de usuario final. La eficacia del contrato de licencia de usuario final se verá desarrollado en este capítulo porque se presenta una articulación entre la teoría general de los contratos y la estructura del contrato de licencia de usuario del Facebook se verá como se aplican las características, los elementos esenciales, naturales y accidentales, los requisitos de existencia y validez, las partes contratantes. En este capítulo se desarrolla a cabalidad los objetivos generales y específicos planteados en la investigación.

3.1. Definición

El CLUF O CONTRATO DE USUARIO FINAL es la traducción en español de EULA END USER LICENSE AGREEMENT es un texto con importantes condicionantes tanto externos como internos.

El profesor López -Taurella Martínez define el CLUF de la siguiente forma *“un EULA es una licencia de utilización de software estándar unipersonal, esto es, con un solo usuario autorizado, en cuyo clausulado «el proveedor informático puede establecer las condiciones y limitar el uso que el usuario puede hacer del software».*²³

Microsoft nos trae la definición del CLUF de la siguiente manera *“es un contrato de licencia para el usuario final que acompaña al software, a los contenidos, a los soportes físicos o a cualesquiera otros materiales y que establece las condiciones de uso de los mismos.”*²⁴

El CLUF parte del acuerdo de voluntades con la q se da la autorización del uso del programa informático o el acceso de datos, puede ser a una persona natural o jurídica y conforme a unas condiciones establecidas.

El CLUF es un contrato que versa sobre una licencia de software, el propietario a quien le corresponde los derechos de autor del programa, otorga unas facultades de uso y goce del software, a su vez unas potestades de control que delimitan su beneficio. Esta relación se da ente el propietario de los derechos de autor del programa y el usuario final quien es el usuario del programa informático.

Una aproximación conceptual a la definición del contrato CLUF es:

Es un instrumento -contrato- mediante el cual se adaptan las disposiciones de uso y goce del software creado por el licenciante, quien posee los derechos de autor y un tercero –usuario final- que se adhiere a esas condiciones.

²³CALVO-FERRER, José Ramón. Sobre la validez legal del texto traducido: análisis de un "EndUserLicenseAgreement" y su traducción al español. *Estudios de Traducción*, 2014, vol. 4, p. 161-179.

²⁴Contrato Microsoft Certified Trainer. [En línea] [Citado el: 13 de Agosto de 2016.] <http://n.sb-10.org/doc/8040/index.html>.

De la anterior definición se sustraen varios elementos:

-los sujetos son el licenciante de software quien es el único propietario de los derechos de autor, el tercero quien se adhiere a los términos y condiciones sobre los cuales se desarrolla el contrato, puede ser persona natural o persona jurídica. El licenciante es el autor o titular de los derechos de explotación y distribución, el licenciario él es usuario, consumidor, el tercero del software.

-El objeto de este contrato es la licencia el contrato entre el propietario del software y el usuario final del programa creado, para gozar el programa conforme a las condiciones preestablecidas.

-La causa del contrato es el de uso y goce de la licencia del software, además las limitaciones de la producción del software según como lo autorice su creador. Además es la aceptación del usuario final para poder tener acceso al programa informático que se va a adherir, esta aceptación esta permeada de la necesidad de la adquisición de este programa.

Entre otras cosas las licencias de software pueden otorgar la cesión determinada de derechos, los límites y formas de indemnización, el plazo por el cual se establece la licencia, puede determinar compromisos que debe de tener el usuario final respecto al propietario, las cláusulas y restricciones de no distribución o como debe de hacerse. Todo desde el ámbito de usos y condiciones comprendidos al momento de la aceptación del contrato.

Este tipo de contrato establece las normas que rigen el uso del software, es el instrumento que permite el uso de terceros.

El CLUF o EULA se presenta de varias formas, los shrink-wrap contracts se presentan en el interior de la caja del programa, este se encuentra en un formato impreso y dado esta característica se encuentra asociado a los programas de software del propietario. También está el click-wrap es la licencia que se despliega en forma de cuadro de texto al momento de realizar la instalación de un programa en el ordenador.

El tipo de derechos que comprende este contrato es de dos clases derechos morales y derechos patrimoniales propios de los contratos informáticos.

En cuanto a los derechos morales son los que tiene el autor por el hecho de ser el productor o creador de su obra, hace referencia al derecho personal que se le reconoce al autor y al vínculo que tiene con su obra, este vínculo es único, reconocible del autor y su obra.

Los derechos patrimoniales que se dan a lugar a esta relación contractual hacen referencia a la explotación de la obra por parte del licenciante o de quien la posea según como esta haya determinado su circulación, sin la autorización del autor para la explotación de la obra no se daría lugar al comercio que esta genera.

3.2. Relación Jurídica

3.2.1. Negocio Jurídico Tipo Contrato

El CLUF carece de regulación jurídica que determine qué tipo de contrato es por esta razón nos encontramos frente a un contrato atípico, la inclusión de definiciones que lo determinen parten de la doctrina y aunque esta carezca de definición está sujeto a la teoría general de los contratos. En su composición se encuentra los sujetos contratantes, el objeto y la causa del contrato, de igual manera todos los otros elementos de existencia y validez que conforman los contratos.

3.2.2. Naturaleza Jurídica Norma Mercantil

La naturaleza jurídica del CLUF o contrato de licencia de usuario final tiene una controversia para determinarla, si bien esto surge porque no hay tratado internacional, no hay norma que determine como se licencia, si existen leyes que protegen al licenciante como lo son las normas de derecho de autor que protegen la propiedad intelectual y el copyright. Al enfocarse en los sujetos existe el dueño del bien mueble programa y los beneficios que contiene este y los derechos adquiridos de prestación de servicios como que adquiere el adquirente.

Aunque el licenciante es quien determina si la licencia es gratuita o no, si es abierta o cerrada, indiferente del tipo de licencia que se trate. La naturaleza jurídica guarda relación con el derecho mercantil, el ánimo de lucro que permea las relaciones jurídicas comerciales guarda la naturaleza de dicho contrato. El problema jurídico que se genera es que al momento de crear la licencia por la cual se van a llevar las relaciones jurídicas, las realizan conforme a las normas del país donde se encuentra el licenciante, lo cual puede generar problemas de interpretación al momento de solucionar conflictos por ser contrarias al ordenamiento jurídico.

La relación jurídica del negocio mercantil parte de una oferta y posterior a esta una aceptación, la oferta se encuentra en la esfera del mundo del internet. Como el objeto del contrato es determinado por licenciante del software donde determina las condiciones del contrato, el usuario final quien es el que se adhiere a este contrato se hace acreedor a una concesión de derechos. La forma de contratación es de adhesión a la cual el usuario no puede objetar simplemente decide si se adhiere o no a las condiciones contractuales.

El artículo segundo literal b de la ley 527 de 1999 por la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones; tiene la siguiente consideración "*Comercio electrónico. Abarca*

*las cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual, estructurada a partir de la utilización de uno o más mensajes de datos o de cualquier otro medio similar. Las relaciones de índole comercial comprenden, sin limitarse a ellas, las siguientes operaciones: toda operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios; todo acuerdo de distribución; toda operación de representación o mandato comercial; todo tipo de operaciones financieras, bursátiles y de seguros; de construcción de obras; de consultoría; de ingeniería; **de concesión de licencias**; todo acuerdo de concesión o explotación de un servicio público; de empresa conjunta y otras formas de cooperación industrial o comercial; de transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima y férrea, o por carretera”(Negrita fuera de texto original)*

La naturaleza jurídica del CLUF es de naturaleza mercantil, aplicando el artículo anterior en lo que se refiere a las diferentes actuaciones que tienen una connotación comercial en la atmosfera del comercio electrónico, en este caso el CLUF como concesión de licencias, la forma como se llevan estas relaciones pueden ser mediante una compraventa del software o la adquisición de derechos de uso y goce. En lo que entendemos por el manejo de datos que surge un negocio jurídico donde las partes contratantes adquieren derechos incorporeales que tienen protección desde la propiedad intelectual o el copyright como lo comprende la creación del software por una de las partes, pero por relaciones que surgen por el uso de tendencias tecnológicas como los es el uso del internet, se generan relaciones contractuales para acceder a estos. Como consecuencia se generan efectos jurídicos que requieren especial protección.

3.3. Características

3.3.1. Principal

“En la gran mayoría de los casos, el software se entrega con una licencia de uso. Dicha licencia es un contrato entre el productor y el usuario que establece cuáles son los derechos y obligaciones de cada una de las partes.”²⁵

El CLUF es un contrato principal, no requiere de la existencia de otro tipo de contrato para subsistir, toda la etapa contractual se materializa cuando surge la oferta por parte del creador del software y la aceptación de esta oferta por la persona que quiere hacer uso de este programa informático. Surgen por esta relación jurídica unos derechos de explotación por parte del creador del software

²⁵BROCCA, Juan Carlos; CASAMIQUELA, René. Las licencias de software desde la perspectiva del usuario final. *Revista Pilquen*, 2005, no 7, p. 0-0.

protegidos por los derechos de autor o el copyright y la cesión de derechos al usuario final.

El software producto de la creación intelectual para su explotación del autor, este determina una licencia donde especifica cómo se realiza la explotación del programa, como legitima a un tercero usuario final para poder acceder al programa los derechos que adquiere de este y las previas restricciones de su uso.

Ejemplo de la característica principal de los contratos CLUF la trae un fragmento del contrato de licencia de AVG EULA o contrato de usuario final:

“IMPORTANTE: *Este Contrato de Usuario Final (en adelante, el “Contrato”) contiene las condiciones que regulan el acceso y la utilización de todo el Software y los Servicios obtenidos de AVG (cada uno denominado “Solución de Software”) por su parte o por parte de cualquier otra entidad o individuo que Usted represente, o para cuyo ordenador, teléfono inteligente u otro Dispositivo adquiera la Solución de Software (“Usted”). Al seleccionar la opción “ACEPTAR” o “ACTIVAR”, o cualquier otra opción similar vinculada al presente Contrato, se compromete a regirse por estas condiciones de uso, no solo con respecto a la Solución de Software adquirida, sino para cualquier otra Solución de Software adquirida posteriormente directa o indirectamente a través de la Solución de Software inicial, incluyendo productos o servicios nuevos, o actualizaciones y mejoras de una Solución de Software previa, para los cuales no será necesario aceptar expresamente un Contrato de Licencia de Usuario Final.*

*Si no desea aceptar estas condiciones, haga clic en “RECHAZAR”, “CANCELAR” o “ATRÁS” o cualquier otra opción incluida en el presente Contrato. Esto implica la imposibilidad de utilizar la Solución de Software cubierta por el presente Contrato. Si rechaza aceptar las condiciones del Contrato o si por cualquier otra razón no está satisfecho con la Solución de Software adquirida, puede obtener un reembolso por los importes abonados por las Soluciones de Software adquiridas en los últimos 30 días. Para ello, siga las instrucciones [aquí](#)”.*²⁶

El contrato de usuario final como lo determina el licenciante es principal comprende los elementos corporales de un contrato aunque estos no se encuentren determinados por tratarse de un contrato atípico. Se aceptan, de manera análoga por el ordenamiento jurídico. Se especifica la esencia del mismo y comprende elementos como las partes, la aceptación como elemento vinculante para la adhesión del usuario al contenido que se desarrolla el contrato, comprende unas cláusulas accidentales entre otros.

El contrato de licencia de usuario final del Facebook trae la siguiente premisa:

26AVG. [En línea] [Citado el: 12 de Agosto de 2016.] <http://www.avg.com/es-es/eula>.

“Esta Declaración de derechos y responsabilidades (“Declaración”, “Condiciones” o “DDR”) tiene su origen en los [Principios de Facebook](#) y contiene las condiciones del servicio que rigen nuestra relación con los usuarios y con todos aquellos que interactúan con Facebook, así como las marcas, los productos y los servicios de Facebook, que reciben el nombre de [“Servicios de Facebook”](#) o [“Servicios”](#). Al usar los Servicios de Facebook o al acceder a ellos, muestras tu conformidad con esta Declaración, que se actualiza periódicamente según se estipula en la sección 13 más adelante. Al final de este documento también encontrarás otros recursos que te ayudarán a comprender cómo funciona Facebook.” ²⁷

Los contratos CLUF de manera principal contemplan su principal característica en la explotación, uso y goce del software. Facebook al ser una red social que presta servicios de mensajería, compartir información, manejo de uso de datos, mercadeo entre otras funciones. Basa sus características en unas primicias denominados principios de Facebook. De estos principios el licenciante genera interacción entre lo que otorga el licenciante y lo que debe de realizar el usuario final para poder aceptar a este principio. Guarda de forma autónoma su característica principal de manera conceptual conforme a cómo nace a la vida jurídica el contrato.

3.3.2. Bilateral

El CLUF es un contrato bilateral que contiene obligaciones recíprocas para las partes contratantes, tanto los autores como los usuarios deben de cumplir unas obligaciones producto de la aceptación y la adquisición del software por parte del usuario.

Los autores del bien informático o prestadores del servicio informático cumplen funciones de creadores, fabricantes, distribuidores. Algunas de sus obligaciones son las de salvaguardar los intereses de los clientes y brindar asesoría tanto como información, cumplir con la prestación de los servicios ofrecidos, desarrollar las prestaciones de los servicios descritos en el contrato, garantizar los vicios ocultos a los que se dé lugar en la relación contractual, entre otros.

El usuario final se le define como *“la persona -física o jurídica- que utiliza las herramientas informáticas de manera directa en el ámbito de su trabajo. El usuario final se encuentra directamente alcanzado por las condiciones establecidas en la*

27Facebook. [En línea] [Citado el: 12 de Agosto de 2016.] <https://www.facebook.com/legal/terms>.

*autorización concedida por quienes lo desarrollan, comercializan o distribuyen programas de computadoras*²⁸

Dentro de las obligaciones que comprende el usuario final podemos encontrar acorde al contrato a que se adhieren entre otras está la aceptación o recibir los servicios o el material solicitado, acordar periodo de prueba, respetar las directrices en las que se fundamenta el programa propuestas y fundamentadas por el proveedor, pagar el precio convenido acorde al servicio adquirido.

Es un contrato bilateral bajo la modalidad del contrato de adhesión, el titular del software crea las condiciones de uso y en el caso de que se dé o no la aceptación de estas condiciones por parte del usuario, surgirá el contrato a la vida jurídica. Para que se manifieste el contrato a la vida jurídica, el consentimiento del licenciante debe estar impuesto en la redacción de la licencia que otorga y el usuario debe de aceptar estas condiciones de lo contrario.

El contrato de usuario final de Google Chrome aporta:

“Tu relación con Google

1.1 El uso que hagas de los productos, del software, de los servicios y de los sitios web de Google (en adelante, los "Servicios"; se excluyen los servicios que Google te pueda proporcionar en virtud de cualquier otro acuerdo consensuado por escrito) está sujeto a las condiciones de un acuerdo legal entre tú y Google. Por "Google" se entenderá Google Inc., cuyo domicilio social se encuentra en 1600 Amphitheatre Parkway, Mountain View, California 94043, Estados Unidos. En el presente documento se describen los componentes del acuerdo y se exponen algunas de las condiciones que lo regirán.

1.2 A menos que tú y Google acordéis lo contrario por escrito, el acuerdo con Google siempre incluirá, como mínimo, las condiciones estipuladas en este documento. En adelante, estas condiciones se denominarán "Condiciones Universales". Las licencias de software libre correspondientes al código fuente de Google Chrome constituyen acuerdos escritos independientes. En la medida en que las licencias de software libre anulen expresamente estas Condiciones Universales, estas licencias regirán el acuerdo del usuario con Google para el uso de Google Chrome o de sus componentes específicos.

1.3 El acuerdo entre tú y Google también incluirá las condiciones establecidas en las Condiciones de Servicio Adicionales de Google Chrome y las condiciones de cualquier aviso legal aplicable a los Servicios, además de las Condiciones

²⁸BROCCA, Juan Carlos; CASAMIQUELA, René. Las licencias de software desde la perspectiva del usuario final. *Revista Pilquen*, 2005, no 7, p. 0-0.

Universales. Todas estas condiciones se denominarán en adelante de forma conjunta como “Condiciones Adicionales”. Siempre que un Servicio esté regido por las Condiciones Adicionales, podrás leerlas en el espacio destinado a tal fin en el Servicio o a través de su uso.

1.4 Las Condiciones Universales, junto con las Condiciones Adicionales, conforman un acuerdo legalmente vinculante entre tú y Google en relación con el uso que hagas de los Servicios. Te recomendamos que las leas detenidamente. En adelante, este acuerdo legal se denominará “Condiciones”.

1.5 En el caso de que exista alguna incoherencia entre las Condiciones Adicionales y las Condiciones Universales en relación con el Servicio, prevalecerán las disposiciones de las primeras.”²⁹

En este extracto de contrato de licencia de usuario final expone las relaciones recíprocas por las que se guía la relación jurídica entre las partes, los acuerdos legales y los efectos que se generan conforme se desarrollen.

Dentro de los servicios del Facebook este se compromete a dar un manejo especial a los datos suministrados a generar opciones de interés de interactividad con el sistema. Por otro lado el compromiso por parte del usuario es más amplia ejemplo de ello se ve en su declaración aceptación de condiciones en la cláusula tercera:

“3.Seguridad

Hacemos todo lo posible para que Facebook sea un sitio seguro, pero no podemos garantizarlo. Necesitamos tu ayuda para que así sea, lo que implica los siguientes compromisos de tu parte:

- 1. No publicarás comunicaciones comerciales no autorizadas (como spam) en Facebook.*
- 2. No recopilarás información o contenido de otros usuarios ni accederás a Facebook utilizando medios automáticos (como bots de recolección, robots, spiders o scrapers) sin nuestro permiso previo.*
- 3. No participarás en marketing multinivel ilegal, como el de tipo piramidal, en Facebook.*
- 4. No subirás virus ni código malicioso de ningún tipo.*
- 5. No solicitarás información de inicio de sesión ni accederás a una cuenta perteneciente a otro usuario.*
- 6. No molestarás, intimidarás ni acosarás a ningún usuario.*

²⁹Google Chrome. [En línea] [Citado el: 10 de Agosto de 2016.] https://www.google.fr/chrome/browser/privacy/eula_text.html.

7. *No publicarás contenido que contenga lenguaje que incite al odio, resulte intimidatorio, sea pornográfico, incite a la violencia o contenga desnudos o violencia gráfica o injustificada.*
8. *No desarrollarás ni pondrás en funcionamiento aplicaciones de terceros que incluyan contenido relacionado con el consumo de alcohol o las citas, o bien dirigido a público adulto (incluidos los anuncios) sin las restricciones de edad apropiadas.*
9. *No utilizarás Facebook para actos ilícitos, engañosos, malintencionados o discriminatorios.*
10. *No realizarás ninguna acción que pudiera inhabilitar, sobrecargar o afectar al funcionamiento correcto de Facebook o a su aspecto, como un ataque de denegación de servicio o la alteración de la presentación de páginas u otras funciones de Facebook.*
11. *No facilitarás ni fomentará el incumplimiento de esta Declaración ni de nuestras políticas.*³⁰

Son obligaciones que debe cumplir el usuario final por la que se rigüe el contrato de Facebook

3.3.3. Formal

*“Bajo la forma de contratos de Terms&Conditions (T&C) o Términos y Condiciones, los proveedores licencian el uso de software, con lo cual las cláusulas generales de contratación son la oferta del proponente”.*³¹

Para la constitución del contrato CLUF se requiere que el licenciante determine como se va a realizar la cesión de derechos o la distribución del software y todo es lo contempla el CLUF mediante la figura de términos y condiciones del contrato. En esta se encuentran impresas las clausulas determinantes del uso del software, dicha formalidad es determinante para la existencia del contrato toda vez que tiene fuerza vinculante con la aceptación del usuario de dichos términos para el perfeccionamiento contractual. Dentro de las clausulas podemos encontrar los ámbitos de aplicación espacial o temporal de la licencia, como el tipo de indemnizaciones, los términos por los que se rige el contrato, las cláusulas de ausencia de responsabilidad e inclusive el tipo de normatividad que se aplica en caso de controversia.

La importancia de la formalidad contractual aunque este sea un tipo de contrato atípico, cumpla con los criterios moderadores del contrato y sea un contrato de adhesión donde puede existir lugar a cláusulas abusivas por parte del licenciante.

³⁰Facebook. [En línea] [Citado el: 12 de Agosto de 2016.] <https://www.facebook.com/legal/terms>.

³¹ DELGADO, Moreno; DAVID, Jorge. El consentimiento en las licencias de uso de software. 2012.

Es de crucial criterio la figura de términos y condiciones como forma contractual al ser un acápite especial de contratos.

En el Facebook la licencia de uso de datos está condicionada a una política de declaración de derechos y responsabilidades donde manejan una política de datos para el manejo de la información suministrada, el tipo de información que recopilan.

3.3.4. Oneroso o Gratuito

Existen dos tipos de software el software gratuito y el software de pago, conocido con otros términos como software libre y software de propietario. El software de propietario se concentra en la mayor obtención de rendimiento financiero por la operación que realiza, la licencia se caracteriza por tener una mayor restricción en el contenido y alcance del software que se le conceden al usuario, de igual forma una mayor protección de los derechos exclusivos del autor. En cambio la licencia de usuario libre concede y asegura a los usuarios las libertades de uso, modificación y distribución.

“Pagos Si realizas un pago en Facebook, aceptas nuestras [Condiciones de pago](#), a menos que se indique que se aplican otras condiciones.”³²

Como se trata de un contrato de naturaleza mercantil el licenciante determina como se realiza el pago según el servicio que genere un costo por el acceso del usuario.

3.3.5. Conmutativo

“Al instalar, utilizar o copiar un producto de software bajo licencia, el usuario está aceptando las condiciones estipuladas en la misma y queda obligado en los términos de dicho contrato. Es importante, entonces leer detenidamente la licencia de un programa para conocer las condiciones para su utilización. Debe tener en cuenta que algunas licencias son tan restrictivas que incluso el producto con la herramienta en cuestión no es de libre disponibilidad, mientras que otras invitan a su modificación o duplicación.”³³

En tal sentido el CLUF es conmutativo por que al momento de constituirse la oferta por parte del licenciante esta debe contener inmersa las prestaciones por las que se va guiar el contrato. El marco normativo y todo lo que quiere desarrollar, el tipo de licencia que se otorga entre otros. Para que exista la plena validez del contrato

³²<https://www.facebook.com/legal/terms>

³³BROCCA, Juan Carlos; CASAMIQUELA, René. Las licencias de software desde la perspectiva del usuario final. *Revista Pilquen*, 2005, no 7, p. 0-0.

debe de realizarse por escrito por el catálogo de derechos y obligaciones que se derivan del contrato.

“De acuerdo con la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, aplicable a este tipo de licencias por estar constituidas por condiciones generales redactadas unilateralmente por el proveedor de software, es necesario que en las licencias se den una serie de condiciones para que éstas puedan considerarse contratos y sean exigibles como tal. Entre ellas, y al respecto de lo que nos ocupa, destaca la exigencia al proveedor de posibilitar que el usuario tenga la oportunidad de conocer tales condiciones y aceptarlas.”

El CLUF al ser un contrato atípico especial, de adhesión previo a la aceptación por parte del usuario final debe de ser estructurado por el licenciante, de no ser así no existe este tipo de contrato sino que nos encontramos con un contrato de connotación diferente.

3.3.6. Nominado

La sigla CLUF aunque no se encuentra determinado de forma expresa en el ordenamiento jurídico colombiano, es aceptada como una forma contractual vigente y que abarca las relaciones jurídicas en el ámbito de manejo de datos que surgen por la relación de programas informáticos que se encuentran en el uso del internet, tales contratos presentes en la mayoría de aplicaciones de software bien sea libres o de pago. El CLUF o contrato de licencia de usuario final es la traducción del EULA o END USER LICENSE AGREEMENT, esta traducción en el entendido vinculante que repercute por traer y adecuar al resto de los contratos existentes del ordenamiento jurídico.

3.3.7. Atípico

El CLUF es un tipo de contrato que carece de regulación jurídica propia, pese a ello está sujeto a la teoría general de los contratos.

“Es así que la licencia debe ser considerada como un contrato atípico, regido por las normas generales del negocio jurídico para su plena validez, por lo tanto se le aplica “las reglas sobre el consentimiento, su formación y vicios, válidas para los contratos en general.”³⁴

³⁴DELGADO, Moreno; DAVID, Jorge. El consentimiento en las licencias de uso de software. 2012.

3.3.8. Adhesión

“Los contratos de licencia de software son uno de los tantos ejemplos de contratos de adhesión existentes hoy en día, y por lo tanto se encuentran regidos bajo las normas comunes de contratación para su existencia. Es así que el consentimiento será eje principal de dichos contratos al mismo tiempo que es regulado por el marco jurídico propio de un contrato de adhesión. La existencia de cláusulas abusivas en este tipo de contratos son comunes en cuanto el momento de perfeccionamiento del contrato mediante el consentimiento, no siempre es claro para el aceptante.”³⁵

Los contratos de adhesión generan garantías tanto para el adherente como para el proponente, el CLUF al tratarse de un contrato moderno de índole económico, se configura para su mayor utilidad y agilidad el contrato de adhesión como una forma práctica del desarrollo del negocio jurídico, con la finalidad de dar mayor rapidez a la economía moderna y generar unas garantías especiales a las partes contratantes. Los contratos de adhesión al encontrarse enmarcados en por un marco normativo y limitados por varios tipos de control jurídico, permiten que no surja como consecuencia de su uso cláusulas abusivas y abuso del derecho por parte de quienes lo utilizan como mecanismo.

Como en este tipo de contrato existe una parte que elabora los términos y condiciones contractuales y otra parte que se acopla, que se adhiere a estos. Se trata de un contrato especial, el eje de su desarrollo principal surge de la aceptación expresa por la parte contratante.

En el Facebook para que este se logre la perfección del contrato el usuario debe de homologar su consentimiento adhiriéndose a las políticas por las que se desarrolla el uso del Facebook

“Al hacer clic en "Registrarte", aceptas las Condiciones y confirmas que leíste nuestra Política de datos, incluido el uso de cookies.”³⁶

El clausulado del Facebook inicia con la siguiente premisa.

³⁵DELGADO, Moreno; DAVID, Jorge. El consentimiento en las licencias de uso de software. 2012.

³⁶Facebook. [En línea] https://www.facebook.com/?style=lo&jlou=AfchNxTFOR9c_EUV9rv9newr3ONULrn9JRo0CRYkmiK_GIYFMO R5spvyNfL8bs6Ea0RkXvcxyH31RrHIJ0LK5OBb6FskB8NjOF1RjFAO5ka5A&smuh=48215&lh=Ac_rPHvv5rkV2A-b.

“Este acuerdo se redactó en inglés de los Estados Unidos. En caso de existir discrepancias entre el original y una versión traducida, el original en inglés es el documento vinculante. La sección 16 contiene modificaciones a las condiciones generales que atañen a los usuarios que no se encuentran en los Estados Unidos.”³⁷

De igual manera que el contrato de licenciamiento de usuario final CLUF proviene de la traducción de EULA o *enduserlicenseagreement* el documento que se redacta en español es la traducción del documento originalmente redactado por el licenciante, lo que significa que cualquier problemática surgida se aplica las condiciones el original. Al tratarse de un contrato de adhesión atípico la aplicación de este se permite en el ordenamiento jurídico como anteriormente se clasifico cumple los presupuestos contractuales avalados por Colombia lo que genera que cualquier tipo de duda, consulta sea realizado conforme al documento original escrito.

3.3.9. Ejecución Sucesiva

Como se trata de un contrato de licencia de software, son contratos que se perfeccionan de carácter especial, el contrato se desarrolla cada vez que el usuario interactúa con la transferencia de datos o accede al programa, por lo que se trata de un contrato sucesivo, está condicionado al cada vez que se usó el software, comprendiendo todo acceso que se tenga a este. La razón de esto es, al tener acceso al software se está interactuando con la programación prevista por la parte que diseña el programa, comprende el soporte y las posibles situaciones que se den por el uso del software informático. Por consiguiente el contrato se desarrolla en el tiempo por su uso, no se perfecciona instantáneamente porque se trata de un contrato especial que no da lugar a efectos jurídicos por su sola adquisición. Todo está comprendido en los términos y condiciones que el licenciante le dé al usuario para la explotación del programa.

Dentro de las condiciones de uso especifica qué tipo de contrato es y cómo se desarrolla es específica que a medida que se valla haciendo modificaciones el mero hecho de usar la aplicación configura la aceptación por el mero paso del tiempo.

“Tu uso continuado de los Servicios de Facebook después de recibir la notificación sobre los cambios en nuestras condiciones, políticas o normas supone la Aceptación de las enmiendas.”³⁸

³⁷<https://www.facebook.com/legal/terms>

³⁸<https://www.facebook.com/legal/terms>

Como se trata de un contrato de tracto sucesivo y su cumplimiento es reiterativo en el tiempo y al tratarse de un contrato de adhesión que requiere la autorización permite que el consentimiento sea renovado en cada ocasión que se modifique el contrato original.

3.4. Elementos esenciales, naturales y accidentales del CLUF

3.4.1. Elemento esenciales

Los elementos esenciales del CLUF o contrato de licencia de usuario final están inmersos por tratarse de un tipo especial de contrato atípico, se separa de estos elementos esenciales la clasificación de términos y condiciones propias del contrato para el manejo del programa. Estas condiciones son las que determinan el contrato de licencia y pueden establecer en tres elementos así: 1. Identificación del sistema informático; 2. Funcionalidad del sistema informático y 3. Remuneración o retribución esperada del uso del sistema informático.

3.4.2. Elementos naturales

Los elementos del CLUF o contrato de licencia de usuario final por regla general son las partes contratantes licenciante y usuario final, el pago en caso de ser onerosa la licencia o si es gratuita, el tipo de licencia que se otorga, a quien se dirige la licencia, jurisdicción aplicable, el idioma prevalente, política de privacidad, manejo de datos, política de cookies, política de uso de plataforma entre otras.

3.4.3. Elementos accidentales

Los elementos accidentales del CLUF o contrato de licencia de usuario final son las que acontecen posteriores o concomitantes a la aceptación de la licencia, se encuentran inmersas en el clausulado expuesto por el licenciante entre algunos están las actualizaciones del sistema, formas de pago, números de licencia que vienen vinculadas al CLUF, número de equipos autorizados para instalar la misma licencia, tipo de licenciamiento (App, web o equipo base), medio de almacenamiento del ejecutable, eximentes de responsabilidad por los daños generados por el programa, eximentes de responsabilidad por soporte lógico, exigencia de instalación de programas complementarios o actualización de software para la ejecución del programa. Todos los elementos que puedan surgir conforme al tipo de licencia.

3.5. Requisitos de existencia

3.5.1. Sujetos de derecho

Los sujetos de derecho que guardan especial relación jurídica para los contratos de licencia de usuario final son el autor o licenciante, dueño de los derechos de autor como los de explotación y el usuario quien es el que disfruta de los derechos adquiridos. El autor o licenciante que para efectos de este contrato son el mismo, al momento de su creación este establece un vínculo contractual denominado licencia por el cual se rigen las relaciones producto del acceso al software, este a su vez cumple funciones de explotación del producto bien sea como fabricante, distribuidor y vendedor, también cumple función de prestación de servicios informáticos. El usuario son todas esas entidades jurídicas o naturales, públicas y privadas, todas las personas que requieren de satisfacer sus diversas necesidades mediante medios informáticos.

3.5.2. Objeto

El objeto del contrato de licencia de usuario final es el otorgamiento de una autorización que permite el uso y goce de un programa electrónico o el acceso a una base de datos bien sea a una persona natural o jurídica, pública o privada conforme a unas condiciones preestablecidas por el autor o representante en este caso licenciante. Este contrato puede comprender un lucro oneroso o gratuito conforme la destinación que le dé el licenciante. Se observa con claridad que el objeto es determinado por las partes y se encuentra determinado en su género.

3.5.3. Consentimiento

Dentro de los elementos de existencia del contrato de licencia de usuario final el consentimiento es elemento crucial que comprende la oferta y su aceptación. El usuario se determina conforme a unos lineamientos específicos y decide si se adhiere o no a las cláusulas de la licencia. El consentimiento por parte del licenciante se encuentra impreso en el contenido de la licencia, al momento de generar la oferta el licenciante determina el uso, el goce, los límites de explotación y avala todo lo que comprende la licencia conforme a sus criterios. El consentimiento de las partes contratantes genera que se dé la producción de efectos jurídicos compuestos en la licencia.

3.5.4. Causa

La causa en los contratos de licencia de usuario final desde el punto de vista de las partes comprende finalidades diferentes. El licenciante al ser el dueño de los derechos patrimoniales de explotación y de los derechos morales de propiedad intelectual, su finalidad se desprende según el tipo de cláusula que instaura, se

constituyen licencias netamente económicas de interés pecuniario, un interés permeado de venta bien sea de la propiedad del software o la de prestar un servicio. Como también están las licencias gratuitas que el interés del licenciente puede darse desde la finalidad de darse a conocer, o promover un producto entre otros, todo desde lo que comprende el ámbito mercantil del comercio electrónico.

La finalidad para el usuario es satisfacer sus necesidades de acceso a los programas informáticos, la autonomía de la voluntad y el avance tecnológico que permea la globalización permite el acceso a medios tecnológicos que acompañan gran cantidad de soluciones y servicios para las personas. El usuario gira en torno a estos servicios informáticos y determina cual o cuales comprenden sus necesidades, el usuario accede a estas tecnologías, se adhiere a estos contratos y la finalidad de esto es el uso, goce de los programas informáticos.

3.6. Requisitos de Validez

3.6.1. Que sea legalmente capaz

En Colombia el acceso a internet es permitido y aceptado por la sociedad en general, esto permite que sus usuarios tengan acceso a gran escala de todo su contenido, y quienes acceden son tanto personas naturales o jurídicas, privadas o públicas. Por regla general el licenciente está determinado con una capacidad legal para realizar negocios jurídicos, representar y ser representado. Conforme al material que compone el software y el tipo de contenido inmerso. El licenciente es quien determina a que público va dirigido la licencia, bajo que presupuestos. Ejemplo de esto tenemos los siguientes:

“Nuestro contenido cumple con el Acta de protección de la privacidad en línea de los niños (COPPA por sus siglas en inglés) y nunca será destinado a niños menores de 13 años de edad. Si eres menor de 13 años de edad, el sitio web y el juego no están destinados para ti y por lo tanto no tienes permitido el acceso al sitio web o Juego a menos que tus padres o tutores hayan proporcionado consentimiento expreso y acepten este Acuerdo junto con todos los acuerdos aplicables al usuario final o licencias similares en tu nombre antes de hacer uso del sitio web o Juego.”³⁹

³⁹Warframe . [En línea] [Citado el: 8 de Agosto de 2016.] <https://warframe.com/es/terms>.

“El Sitio Web y los Servicios están pensados para mayores de catorce (14) años. Si tienes menos de dieciocho (18) años y más de catorce (14) años, pide a tus padres, tutores o guardadores que revisen contigo la [Política de Privacidad](#), y consulta con ellos cualquier circunstancia de nuestra [Política de Privacidad](#) que no entiendas, para que te expliquen su significado. En todo caso, ninguna persona cuya edad se encuentre por debajo de catorce (14) años está autorizada para facilitarnos datos personales o publicar datos personales dentro del Sitio Web o de los Servicios.”⁴⁰

3.6.2. Que su consentimiento adolezca de vicio

El contrato de licencia de usuario final al tener como principal característica que es un contrato de adhesión requiere de la aceptación del usuario para que se dé el perfeccionamiento del contrato y nazca a la vida jurídica. La indicación de las cláusulas y como este redactado la licencia por parte del licenciante es la antesala que acompaña la posterior aceptación del usuario. Es ese momento entre la oferta y la aceptación donde el usuario debe de leer los términos y condiciones para así determinar su voluntad en el contrato. Es de esta manera que el escrito que comprende las cláusulas contractuales debe de ser claro, comprender los deberes y obligaciones, así como los beneficios, el tipo de relación jurídica, la solución en caso de controversia y todos los que compete en materia del servicio al usuario. Para que de esta manera este se encuentre en la autonomía de determinarse sin ninguna clase de vicio que pueda permear la relación jurídica.

3.6.3. Causa lícita

El tipo de relación contractual del CLUF permite desarrollar un contrato de explotación del software o de prestación de servicios conforme a los parámetros establecidos por la ley. Es un acápite dentro del marco legal de lo que se puede comerciar dentro de los cuales está comprendida la venta o la prestación de servicios informáticos. Aunque sea un contrato atípico y de adhesión y en si no tenga una regulación predeterminada en el sistema jurídico actual. Su clausulado conlleva gran capacidad legal para no trasgredir un derecho preexistente por parte de los contratantes entre sí. Lo que da como resultado que el clausulado de estar compuesto bajo un carácter legal para que sea válido.

⁴⁰Habbo. [En línea] [Citado el: 7 de Agosto de 2016.] <https://help.habbo.es/hc/es/articles/221679748-T%C3%A9rminos-y-Condiciones-del-Servicio->.

3.6.3. Objeto lícito

En correspondencia con el contrato de licencia de usuario final, las obligaciones y prestaciones que surgen por la relación contractual son de índole vinculante.

“El contrato de licencia de software tiene por objeto autorizar al usuario ciertos usos o actos de utilización de un programa de computador, pudiendo comprender tanto la instalación en la memoria de un computador personal o servidor de red para el acceso de un determinado número de equipos cliente, como el acceso y uso de una aplicación en línea. Así mismo, el alcance de tales autorizaciones podrá variar según el tipo de licencia, pudiendo llegar a comprender inclusive la modificación y redistribución del programa de computador, así como el acceso al código fuente, como sería el caso por ejemplo del software libre de código abierto.”⁴¹

Las obligaciones y prestaciones que surgen por parte del licenciante están determinadas en la licencia que este crea, pueden variar y pueden ser de diferente clase conforme al tipo software creado, o al destinatario e inclusive la normatividad vigente, estas pueden ser las de determinar las personas a las que va dirigida, el tipo de relación que llevarán las partes entre otras. Mientras que las obligaciones y prestaciones que surgen por parte del usuario son las de acogerse a las condiciones del contrato, a garantizar el uso adecuado y no modificar el software en su esencia sin autorización expresa, al pago si se trata de una licencia onerosa.

3.6.4. Solemnidades y formalidades

“Contratos con contenido autónomo e independiente de otras figuras contractuales Hay ocasiones en las cuales los contratos atípicos no resultan de la combinación de prestaciones o elementos de diferentes figuras contractuales sino que por el contrario, debido al particular fin económico social que pretenden alcanzar se separan de dichos elementos para configurar un contrato con un contenido propio y autónomo”⁴²

El contrato de licencia de usuario final es un contrato típico de adhesión no ha sido regulado por la ley pero el uso reiterado de la sociedad permite su reconocimiento

⁴¹RODRÍGUEZ, JUAN CARLOS MONROY. cuestiones jurídicas en torno a los contratos de desarrollo y licencia de software. *Rev. Prop. Inmaterial*, 2012, vol. 16, p. 103.

⁴²LÓPEZ, María Elisa Camacho. Régimen jurídico aplicable a los contratos atípicos en la jurisprudencia colombiana. *Rev. E-Mercatoria*, 2005, vol. 4, p. 1.

por otras fuentes normativas, ejemplo de ello está la costumbre para este caso de naturaleza mercantil, la jurisprudencia o los tratados internacionales que tienen fuerza vinculante al bloque de constitucionalidad. Basado en el principio de autonomía de la voluntad las partes contratantes generan un contrato separado de los estándares contractuales logrando un contenido propio y autónomo con la manifestación económica social. Es por ello que el CLUF o contrato de licencia de usuario final requiere de una solemnidad especial establecida que es la licencia de software sin la cual no se da lugar a este tipo de contrato especial, y no daría lugar a los derechos que emanan de esta como lo son los del licenciante de contenido patrimonial por el derecho de explotación del programa o los derechos de autor protegidos por el copyright y la propiedad intelectual. De igual forma no nacerían a la vida jurídica los derechos de uso y goce por parte del usuario final.

Las formalidades que debe cumplir son las que están acorde al tipo de licencia, aunque nos referimos a un tipo especial de contrato este debe de estar acorde a las normas generales de los contratos y obligaciones. Lo que comprende a las formalidades de la licencia como mínimo debe de comprender las cláusulas inmersas, no deben de existir estipulaciones que por fuera de las presunciones legales aunque exista en ellas la autonomía de la voluntad, la autodeterminación de las partes contratantes etc.

3.7. Partes contratantes

3.7.1. Facebook

Facebook es un sitio web creado por [Mark Zuckerberg](#), con una cobertura a nivel mundial y su [oficina central Menlo Park, California, Estados Unidos](#). Como se determina en sus términos y condiciones lo siguiente:

“Si resides o tienes tu ubicación de actividad comercial principal en EE. UU. O Canadá, esta Declaración constituye el acuerdo entre tú y Facebook, Inc. De lo contrario, esta Declaración constituye el acuerdo entre tú y Facebook Ireland Limited. Las referencias a “nos”, “nosotros” y “nuestro” significan Facebook, Inc. o Facebook Ireland Limited, según corresponda”⁴³. El acuerdo que se constituye como se determina en los términos y condiciones es entre Facebook Ireland Limited y el usuario final:

“Facebook Ireland Ltd

⁴³Facebook. [En línea] [Citado el: 12 de Agosto de 2016.] <https://www.facebook.com/legal/terms>.

Hanover Reach, 5-7 Hanover Quay
2 Dublin
IRLANDA

teléfono: +0016505434800

Fax: +0016505435325

e-mail: [dominio \(a\) fb \(punto\) com](mailto:dominio(a)fb(punto)com)⁴⁴

Ejemplo de la relación de usuarios que interactúan en el Facebook conforme estadísticas se desarrolla por ciudades, edad, tipo de dispositivos, sistema operativo entre otras.

Una proporción del número que acrece de usuarios podemos encontrar la siguiente en algunas ciudades de la siguiente estadística “*con 7.500.000 de usuarios Bogotá es la ciudad de Colombia con más cantidad de usuarios registrados en Facebook, seguida de Medellín con 2.400.000 usuarios y en tercer lugar con 1.200.000 de usuarios se encuentra Barranquilla.*”⁴⁵

Estadísticas conforme a la edad de las personas en Colombia “18 - 24 7.900.000 30,38%, 25-29 4.200.000 16,15%, 35 - 44 3.900.000 15%, 30 - 34 3.000.000 11,54% 13 - 17 2.900.000 11,15%, 45 - 54 2.100.000 8,08%, 55 - 64 940.000 3,62%, 65+ 460.000 1,77%”⁴⁶

3.7.2. Usuario Persona Natural

La sentencia T-378/06 expone la diferencia entre persona natural y jurídica y comprende como persona natural “Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición”⁴⁷

44RIPE NCC. [En línea] [Citado el: 5 de Agosto de 2016.] <https://www.ripe.net/membership/indices/data/ie.facebook.html>.

45OWLOO. [En línea] [Citado el: 7 de Agosto de 2016.] <https://www.owloo.com/facebook-stats/countries/colombia>.

46OWLOO. [En línea] [Citado el: 7 de Agosto de 2016.] <https://www.owloo.com/facebook-stats/countries/colombia>.

47Corte Constitucional de Colombia. [En línea] [Citado el: 8 de Agosto de 2016.] <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/T-378-06.htm>.

3.7.2.1. No Comerciante

La persona natural no comerciante es aquella que posee derechos y puede contraer obligaciones, no requiere de una característica especial, no posee una condición especial para ser reconocido y por regla general puede realizar cualquier tipo de relación jurídica que no requiera una característica especial que estén especificados en el ordenamiento jurídico.

En relación como parte contratante o como usuario final de la declaración de derechos que Facebook tiene redactados, es toda persona que tenga capacidad de determinarse y así poder adherirse cumpliendo las cláusulas establecidas. Al tratarse de condiciones establecidas solo pueden acceder a estas las personas que cumplan una característica entre esta la edad conforme al clausulado número cuarto seguridad de la cuenta y registro en su numeral quinto específica *“No utilizarás Facebook si eres menor de 14 años”*. Esto no quiere decir que el acceso se restringido si bien estamos frente a un sitio web de mensajería de datos se puede dar a lugar a personas menores de edad que accedan a estos servicios previa autorización de sus padres. No obstante a ello para que realmente exista una plena validez de las relaciones contractuales entre Facebook y el usuario final.

Por regla general las personas naturales no comerciantes son las que interactúan más con el programa informático en este caso red social como lo es Facebook. La principal característica de Facebook es que esta desarrollado para promover la interacción y el manejo de datos entre los individuos, aunque no se especifique las personas no comerciantes son las que tienen un mayor acceso a estos derechos de uso y goce de la programación del Facebook.

3.7.2.2. Comerciante

La presunción de ser comerciante se encuentra en las características descritas por el art 13 del código de comercio. Para ser reconocido y registrar que se realizan actividades de comercio se debe estar inscrito en el registro mercantil, tener un establecimiento de comercio y anunciarse al público como comerciante por cualquier medio. Esta calidad debe de ser avalada para saber que se están realizando actividades mercantiles. La relación que se da en la interacción con el Facebook es el resultado que se genera producto de la ampliación del mercado internacional que se realizan por intermedio de medios informáticos, debe de acreditarse la calidad de comerciante, puede ser por medio de su logotipo, marca registrada entre etc.

Facebook como destino empresarial mediante anuncios presta el servicio para dar a conocer el tipo de relación empresarial, tiene una configuración especial para

quien contrata con estos para función comercial y a través de su página principal y sus aplicaciones conjuntas sirven para realizar actividades mercantiles.

Facebook dispone de una página adicional especificada para las personas que quieran interactuar en actividades comerciales como lo dispone de la siguiente manera *“Una página constituye el centro de operaciones de tu negocio en Facebook y una excelente forma de conectar con clientes. Es gratuita, rápida y fácil de crear, y puedes administrarla desde un ordenador, un Smartphone o una tableta.”*⁴⁸

3.7.3. Usuario persona jurídica

La sentencia T-378/06 trae como definición de persona jurídica “Se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”⁴⁹

La forma como se crea personería jurídica en Colombia por medio de la constitución o por la voluntad de las personas. Se genera la producción de un ente capaz de adquirir derechos y obligaciones, siempre que se cumplan con unos preceptos legales de cómo deben de estar constituidos. Pueden ser de derecho público las que son creadas por instituciones del estado creadas por mandato constitucional, por ley u otra norma jurídica. También de derecho privado las que constituyen los particulares.

3.7.3.1. No comerciantes

Las personas jurídicas no comerciantes sería por regla general son las entidades sin ánimo de lucro preestablecido en sus estatutos de creación. De igual manera la relación que surge entre ellas y el FACEBOOK surge por la interacción que tienen por medio de un encargado o representante legal.

3.7.3.2. Comerciante

48Facebook para Empresas. [En línea] [Citado el: 12 de Agosto de 2016.] <https://www.facebook.com/business/learn/>.

49Corte Constitucional de Colombia. [En línea] [Citado el: 8 de Agosto de 2016.] <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/T-378-06.htm>.

Adicional a las condiciones que debe de cumplir para existir para tener personería jurídica, debe de cumplir las características del art 13 anteriormente expuesto para ser reconocido como comerciante y que realiza actividades del área mercantil. Por lo general son conocidas con ánimo de lucro y la relación que se genera con el Facebook la puede realizar con el ámbito normal de usuario o de empresa.

Conclusiones

Existen diversas relaciones jurídicas que surgen como resultado de la interacción de programas informáticos que trae consigo la globalización. La inclusión de premisas o de diferentes contratos en el ordenamiento jurídico es de poca relevancia para el sistema jurídico en materia contractual. Dentro de la legislación colombiana no está proyectada la necesidad de satisfacer la determinación de conductas relevantes para el derecho, su campo de aplicación y su posible protección.

Los intereses de los particulares de expansión del mercado, de acceso a tecnología es lo que genera este tipo de relaciones en medios informáticos y es de gran envergadura que es hacia donde apuntan las relaciones contractuales de los próximos tiempos.

El contrato de licencia de usuario final es un contrato atípico y de adhesión, debido a su naturaleza no se encuentra contemplado en un cuerpo legal en el sistema jurídico colombiano. Lo que se caracteriza es la licencia y la previa manifestación de la voluntad por parte del usuario final en su aceptación de términos y condiciones.

El Facebook es una red social de interacción por parte de la mayoría de y su licenciamiento aunque el ordenamiento jurídico no lo tiene comprendido, es posible la eficaz aplicación del mismo en el ordenamiento jurídico colombiano. Como se desarrolló este tipo de contrato atípico y de adhesión cumple con los presupuestos contractuales de la regla general de los contratos y conforme a su naturaleza mercantil es de gran aplicación en la mayoría de relación que surge entre las partes.

Referencias Bibliográficas

GARCÍA, José Ignacio Narváez. Derecho mercantil colombiano. Inversiones Bonnet, 1971.

AVG. [En línea] [Citado el: 12 de Agosto de 2016.] <http://www.avg.com/es-es/eula>.

BROCCA, Juan Carlos; CASAMIQUELA, René. Las licencias de software desde la perspectiva del usuario final. Revista Pilquen, 2005, no 7, p. 0-0.

CALVO-FERRER, José Ramón. Sobre la validez legal del texto traducido: análisis de un " End User License Agreement" y su traducción al español. Estudios de Traducción, 2014, vol. 4, p. 161-179.

CONTRATO DE LICENCIA DE USUARIO FINAL.

Contrato Microsoft Certified Trainer. [En línea] [Citado el: 13 de Agosto de 2016.] <http://n.sb-10.org/doc/8040/index.html>.

Corte Constitucional de Colombia. [En línea] [Citado el: 8 de Agosto de 2016.] <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/T-378-06.htm>.

DELGADO, Moreno; DAVID, Jorge. El consentimiento en las licencias de uso de software. 2012.

Facebook. [En línea] [Citado el: 12 de Agosto de 2016.] <https://www.facebook.com/legal/terms>.

Facebook. [En línea] https://www.facebook.com/?styp=lo&jlou=AfchNxTFOR9c_EUV9rv9unewr3ONULrn9JRo0CRYkmiK_GIYFMO R5spvyNfL8bs6Ea0RkXvcxyH31RrHIJ0LK5OBb6FskB8NjOF1RjfAO5ka5A&smuh=48215&lh=Ac_rPHvv5rkV2A-b.

Facebook para Empresas. [En línea] [Citado el: 12 de Agosto de 2016.] <https://www.facebook.com/business/learn/>.

Fundamento art. 4 Código de Comercio.

Google Chrome. [En línea] [Citado el: 10 de Agosto de 2016.] https://www.google.fr/chrome/browser/privacy/eula_text.html.

Habbo. [En línea] [Citado el: 7 de Agosto de 2016.] <https://help.habbo.es/hc/es/articles/221679748-T%C3%A9rminos-y-Condiciones-del-Servicio->

http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUmJQ2NDtbLUouLM_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhIQaptWmJOcSoAF-Sn-jUAAAA=WKE.

<http://www.gerencie.com/que-son-los-swaps.html>.

<http://www.globalnegotiator.com/files/modelo-contrato-joint-venture-internacional-ejemplo.pdf>.

<http://www.milejemplos.com/contratos/ejemplo-de-contrato-leasing.html>.

<http://www.todalaley.com/mostrarFormulario108.htm>.

<http://www.unidroit.org/spanish/guides/1998franchising/franchising-guide-s.pdf>.

<https://support.microsoft.com/es-es/kb/243258>.

LÓPEZ, María Elisa Camacho. Régimen jurídico aplicable a los contratos atípicos en la jurisprudencia colombiana. *Rev. E-Mercatoria*, 2005, vol. 4, p. 1.

OWLOO. [En línea] [Citado el: 7 de Agosto de 2016.] <https://www.owloo.com/facebook-stats/countries/colombia>.

RIPE NCC. [En línea] [Citado el: 5 de Agosto de 2016.] <https://www.ripe.net/membership/indices/data/ie.facebook.html>.

RODRÍGUEZ, JUAN CARLOS MONROY. cuestiones jurídicas en torno a los contratos de desarrollo y licencia de software. *Rev. Prop. Inmaterial*, 2012, vol. 16, p. 103.

Sentencia C-1194/08.

Valderrama, F. J. (2015). *Teoría del contrato y del negocio jurídico*.

VALDERRAMA, Fernando Jiménez. *Teoría del contrato y del negocio jurídico*. 2015.

VÁSQUEZ, Pablo A. El contrato: aproximación conceptual En: *Teoría del Negocio*. Primera edición. Medellín, 2005. Biblioteca jurídica. p. 61-222.

Warframe . [En línea] [Citado el: 8 de Agosto de 2016.] <https://warframe.com/es/terms>.