



Asamblea General

Distr. general
12 de mayo de 2020
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

53^{er} período de sesiones

Nueva York, 6 a 17 de julio de 2020

Cuestiones jurídicas relacionadas con la economía digital: las operaciones de datos

Índice

	<i>Página</i>
I. Contexto	2
II. ¿Qué son los datos y qué son las operaciones de datos?	2
III. Actores	4
IV. Regímenes jurídicos	4
A. Derechos y obligaciones de las partes en las operaciones de datos	4
B. Los datos como producto básico	7
C. Reflexiones para la Comisión	13
V. Evaluación preliminar de los textos pertinentes de la CNUDMI	13
A. Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CIM)	13



I. Contexto

1. Como se señala en el documento A/CN.9/1012, la cantidad de datos generados anualmente aumentará, según una predicción, de alrededor de 16 billones de gigabytes hasta alcanzar los 163 billones de gigabytes en 2025¹. En su *Informe sobre la Economía Digital 2019*, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) describe una “economía de datos”, creada por la importancia de los datos para impulsar el desarrollo económico, y un “mercado de datos” para diversos servicios relacionados con los datos. Se estima que, solo en la Unión Europea (UE), el valor de la economía de datos (es decir, el impacto del mercado de datos en la economía general) asciende a 477.000 millones de euros en 2020².

2. En la economía de los datos, las operaciones de datos tienen lugar a lo largo de una “cadena de valor de los datos”, que produce una “inteligencia digital” que puede utilizarse para fundamentar la adopción de decisiones y crear nuevos productos³. Distintos tipos de datos son objeto de operaciones comerciales en las diferentes etapas de esa cadena. Si bien los datos en bruto que están en un extremo de la cadena tienen pocas posibilidades de generar valor por sí solos, los “datos derivados” (es decir, los que se crean mediante el procesamiento de datos en bruto) y los “datos agregados” (es decir, un conjunto de datos combinados compuesto por diversas fuentes de datos) que se generan a lo largo de la cadena tienen un potencial considerable.

3. Las cadenas de valor de los datos existen no solo en el plano nacional sino también a nivel internacional. La circulación de datos a través de fronteras reviste especial interés para el comercio y el desarrollo internacionales. Como ha señalado la UNCTAD, “[a] tener alcance mundial y estar basadas en los datos, las plataformas digitales globales generan un flujo internacional de cantidades ingentes de datos entre usuarios y plataformas situados en distintos países”⁴.

4. Habida cuenta de la importancia de los datos para el comercio internacional, es importante evaluar la aplicación de las leyes vigentes relacionadas con el comercio a las operaciones de datos y a otros usos de los datos en el comercio. Entre otros aspectos, en el presente documento no se examinan las leyes sobre privacidad y protección de los datos (en atención a que son temas que plantean cuestiones delicadas de política pública)⁵, ni el régimen legal de la propiedad intelectual.

II. ¿Qué son los datos y qué son las operaciones de datos?

5. Según la definición ampliamente reconocida formulada por la Organización Internacional de Normalización (ISO), los “datos” son una representación formalizada de la información que puede ser reinterpretada y que es adecuada para la comunicación, la interpretación o el procesamiento⁶. En los textos de la CNUDMI sobre comercio electrónico se recoge un concepto similar de los datos –como representación de la información– en la noción de “mensaje de datos”, que se define como “la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares”⁷. De acuerdo con la definición de la ISO, no es necesario que los datos

¹ Organización Mundial del Comercio, *Informe sobre el comercio mundial 2018: El futuro del comercio mundial* (Ginebra, 2018), pág. 30.

² European Data Market Monitoring Tool, disponible en <http://datalandscape.eu/european-data-market-monitoring-tool-2018>.

³ UNCTAD, *Informe sobre la Economía Digital 2019: Creación y captura de valor: repercusiones para los países en desarrollo* (Ginebra, 2019), pág. 32.

⁴ *Ibid.*, pág. 98.

⁵ En su 51^{er} período de sesiones, la Comisión decidió que en la labor de investigación que habría de realizar la Secretaría se debía “evitar las cuestiones de la privacidad y la protección de los datos”: *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo tercer período de sesiones, suplemento núm. 17 (A/73/17)*, párr. 253 b).

⁶ ISO, *Information Technology – Vocabulary*, Norma ISO/CEI núm. 2382 de 2015.

⁷ Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, art. 2 a); Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales,

estén en formato electrónico o que sean legibles por máquina, aunque esos datos pueden tener un mayor valor en la economía digital⁸.

6. Como parte de un proyecto conjunto que se está llevando a cabo con el fin de formular principios relacionados con la economía de los datos (que se describe en mayor detalle en el párr. 15 *infra*), el American Law Institute (ALI) y el European Law Institute (ELI) están analizando las normas jurídicas que son aplicables a las operaciones de datos, con miras a elaborar los principios rectores de la economía de los datos (en adelante, los “Principios ALI/ELI”)⁹. Según la versión actual del proyecto de Principios ALI/ELI, por “operación de datos” se entiende una operación relativa al control o procesamiento de los datos, o a cualquier derecho respecto de los datos¹⁰, en la que el “control” se define como la capacidad de acceder a los datos y determinar los objetivos y los medios con que habrán de procesarse (se tenga o no derecho a hacerlo) y el “procesamiento” se define como una serie de operaciones tales como el registro, la organización, la estructuración, el almacenamiento, la adaptación o alteración, la recuperación, la transmisión, la alineación o combinación, la restricción, la supresión o la destrucción de datos.

7. En la versión actual del proyecto de Principios ALI/ELI se prevén especialmente los siguientes tipos de operaciones de datos:

- a) la transferencia de datos;
- b) el otorgamiento del acceso a datos o a una fuente de datos, o del permiso para acceder a ellos;
- c) la puesta en común de datos en una plataforma en línea;
- d) la prestación de servicios de procesamiento de datos; y
- e) la prestación de servicios para facilitar operaciones de datos (incluso a través de una plataforma en línea).

8. A fin de aclarar algunos aspectos relacionados con las operaciones de datos, el Ministerio de Economía, Comercio e Industria del Japón publicó en 2018 unas directrices contractuales sobre la utilización de la inteligencia artificial y los datos (en adelante, las “*Directrices sobre datos del MECI*”)¹¹ con miras a promover el uso de criterios razonables en la negociación y ejecución de los contratos, reducir los costos de transacción y difundir los contratos de datos. A diferencia de los Principios ALI/ELI, las *Directrices sobre datos del MECI* tratan de la generación de datos como un tipo distinto de operación de datos.

9. Como ha señalado la UNCTAD, los diversos tipos de datos que son objeto de operaciones comerciales en la economía de los datos pueden clasificarse aplicando diversos criterios, por ejemplo: datos personales o no personales; datos públicos o privados; datos recopilados con fines comerciales u oficiales; datos utilizados por las empresas, incluidos los datos corporativos, datos de recursos humanos, datos técnicos o datos mercantiles; datos estructurados o no estructurados; datos instantáneos o históricos; datos facilitados voluntariamente, observados e inferidos¹²; datos sensibles

art. 4 c). En la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Documentos Transmisibles Electrónicos se utiliza el término “documento electrónico”.

⁸ En una nota a la definición de “datos” que figura en la norma ISO/CEI núm. 2382 se indica que los datos pueden ser procesados por seres humanos o por medios automatizados.

⁹ Para más información sobre esta iniciativa conjunta, véase www.europeanlawinstitute.eu/projects-publications/current-projects-feasibility-studies-and-other-activities/current-projects/data-economy/.

¹⁰ La versión actual del proyecto de Principios ALI/ELI es el anteproyecto núm. 1 del Consejo del ALI (8 de diciembre de 2019), que ha sido presentado a la Secretaría.

¹¹ Japón, Ministerio de Economía, Comercio e Industria, *Contract Guidelines on Utilization of AI and Data: Data Section* (junio de 2018), traducción al inglés disponible en www.meti.go.jp/press/2019/04/20190404001/20190404001-1.pdf.

¹² Según un documento publicado por el Foro Económico Mundial, los “datos facilitados voluntariamente” (es decir, los datos creados y comunicados expresamente por personas físicas, como los perfiles en las redes sociales), los “datos observados” (es decir, los datos captados

o no sensibles; y datos de actividades entre empresas (B2B), entre empresas y consumidores (B2C), entre gobiernos y consumidores (G2C) o entre consumidores (C2C)¹³. Estas clasificaciones indican que los datos y las operaciones de datos pueden involucrar a muy diversas partes interesadas, así como a una amplia gama de leyes.

III. Actores

10. La cadena de valor de los datos no solo abarca una serie de etapas diferentes en el control y el procesamiento de los datos, sino que también involucra a una diversa gama de actores. Esos diferentes actores, que pueden definirse de acuerdo con las funciones que desempeñan a lo largo de la cadena de valor de los datos, son, entre otros, los siguientes:

- a) el generador de los datos (es decir, la persona que genera los datos, por ejemplo, con una máquina o un sensor, así como los datos que se generan a partir de otros datos);
- b) el sujeto de los datos (es decir, la persona a quien se refieren los datos);
- c) el proveedor de los datos (es decir, la persona que suministra los datos, incluida la persona que proporciona los datos que se ponen en común en una plataforma en línea);
- d) el receptor de los datos (es decir, la persona que recibe los datos, incluida la persona que accede a los datos que se ponen en común en una plataforma en línea);
- e) el procesador de los datos (es decir, la persona que procesa los datos, independientemente de que los genere o los reciba); y
- f) el operador de la plataforma de datos (es decir, la persona que aloja los datos en una plataforma en línea).

IV. Regímenes jurídicos

11. En esta sección se examinan dos aspectos de las operaciones de datos, tal como se definieron más arriba (párr. 6), a saber: a) los derechos y obligaciones de las partes en las operaciones de datos, y b) los datos como producto básico.

A. Derechos y obligaciones de las partes en las operaciones de datos

1. Derecho de los contratos

12. En la medida en que las operaciones de datos se basen en contratos, el principal conjunto de normas jurídicas aplicable a las operaciones de datos es el derecho de los contratos. A efectos de facilitar la comprensión de las clases de derechos y obligaciones contractuales en juego, las operaciones de datos pueden clasificarse en los tres tipos de contratos siguientes:

- a) *contratos de suministro de datos*: este tipo de contrato se refiere a las operaciones en las que el proveedor de datos suministra datos o da acceso a datos al receptor de estos, y en general establece los derechos de uso del receptor de los datos y otras condiciones del suministro de dichos datos. En el contrato se puede pactar la renuncia al control de los datos por parte del proveedor, en cuyo caso la operación puede

mediante el registro de las acciones de personas físicas, como los datos de localización cuando se utilizan teléfonos celulares) y los “datos inferidos” (es decir, datos sobre personas físicas basados en el análisis de la información facilitada voluntariamente u observada, como las puntuaciones de crédito) son tres categorías de datos personales. Véase *Rethinking Personal Data: A New Lens for Strengthening Trust* (Ginebra, 2014), págs. 16 y 17.

¹³ UNCTAD, *Informe sobre la Economía Digital 2019*, pág. 31. Varios de estos criterios se refieren principalmente a los datos personales (es decir, los datos relacionados con una persona identificada o identificable).

equipararse a una “cesión” de datos. Otra posibilidad es que el proveedor de los datos conserve sus derechos de uso;

b) *contratos de generación de datos*: este tipo de contrato establece los derechos de uso que corresponden a cada parte respecto de datos nuevos que se generan (por ejemplo, datos en bruto producidos por sensores y datos derivados de datos en bruto mediante su procesamiento, análisis, edición e integración)¹⁴. Las partes también pueden prever en el contrato una garantía respecto del contenido y la generación continua de los datos, la distribución de las ganancias y los gastos, la gestión de los datos y cuestiones relacionadas con la seguridad¹⁵;

c) *contratos de servicios relacionados con datos*: este tipo de contrato se refiere a la prestación de servicios de procesamiento de datos en virtud de los cuales una de las partes se obliga a procesar los datos suministrados por la otra parte y a dar acceso a esta a los datos procesados. Esto abarca la prestación de servicios de extracción de datos, servicios basados en la nube¹⁶, servicios de análisis de datos, servicios de plataforma de datos y servicios de transmisión electrónica. Estos contratos también se refieren a la prestación de servicios por un intermediario para facilitar las operaciones de datos (por ejemplo, a través de una plataforma en línea).

13. En un informe preparado por el Centro de Apoyo para la Puesta en Común de Datos, que es una iniciativa financiada por la Comisión Europea, se señaló que, por lo general, las cláusulas contractuales modelo que utilizan las partes interesadas del sector regulan los siguientes aspectos: i) el contenido o la naturaleza de los datos (por ejemplo, datos personales, información del sector público, información confidencial); ii) las condiciones comerciales o del negocio (por ejemplo, remuneración, plazo del contrato, rescisión por motivos justificados); iii) el control, la “propiedad” y los derechos de uso (por ejemplo, control exclusivo, derechos de propiedad intelectual, restricciones); iv) el marco jurídico general (por ejemplo, ley aplicable, solución de controversias), y v) el servicio que suministra los datos (por ejemplo, disponibilidad, tiempo de respuesta)¹⁷.

14. Si bien el derecho de los contratos generalmente reconoce valor jurídico a las condiciones de un contrato en aplicación del principio de autonomía de las partes, también abarca algunas normas y principios que tienen por objeto mantener el grado de equidad en las relaciones comerciales que cada ordenamiento jurídico considere conveniente. En el contexto de las operaciones de datos, parece haber incertidumbre no solo entre las partes en cuanto a los derechos y obligaciones que deben establecerse en sus contratos, sino también entre los abogados y los jueces en cuanto a la aplicación de las normas y principios vigentes del derecho de los contratos. Por ejemplo, las normas del derecho de los contratos que se refieren a la suficiencia del cumplimiento y a las obligaciones implícitas, como las relativas a la modalidad de suministro y la calidad de los datos, podrían exigir que se tuvieran en cuenta la naturaleza y el objeto del contrato (es decir, la operación de datos) y la práctica comercial establecida (es decir, entre los participantes en el mercado de datos), para lo cual es necesario comprender cómo funciona la naciente economía de los datos.

15. Esta incertidumbre ha sido el motivo de varias iniciativas emprendidas en los últimos años, en particular la publicación de las *Directrices sobre datos del MECI*, el establecimiento de un *Código de conducta de la UE sobre el intercambio de datos agrarios por acuerdo contractual* entre los miembros de la industria agrícola de la UE, y la elaboración de los Principios ALI/ELI (cuya finalización está prevista para 2021). Como se señala en la página web del proyecto conjunto del ALI y el ELI:

¹⁴ Japón, Ministerio de Economía, Comercio e Industria, *Contract Guidelines on Utilization of AI and Data: Data Section* (junio de 2018), pág. 5.

¹⁵ *Ibid.*, pág. 42.

¹⁶ La Secretaría publicó recientemente sus *Notas sobre las principales cuestiones relacionadas con los contratos de computación en la nube*, que pueden consultarse en https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09103_eng.pdf.

¹⁷ *Support Centre for Data Sharing Report: Collected Model Contract Terms* (julio de 2019), págs. 6 y 7.

Tanto en los Estados Unidos como en Europa, la economía de los datos está empezando a preocupar a las partes interesadas, entre ellas los consumidores, los sectores dedicados a los datos y las empresas emergentes, porque no hay certeza en cuanto a las normas jurídicas y opiniones doctrinarias aplicables. Las preocupaciones van desde la incertidumbre manifiesta en el ámbito del derecho, que puede impedir la innovación y el crecimiento, hasta la pérdida de control por parte de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial de los Estados, pasando por cuestiones graves relacionadas con la protección del consumidor y los derechos fundamentales. Un problema más importante aún es la incertidumbre que ya existe con respecto a los derechos que “pertenecen” a las partes y que estas pueden comercializar, por ejemplo, a quién “pertenecen” los datos generados por una actividad, como conducir un automóvil conectado; cuáles son los atributos de esos datos y los derechos relacionados con ellos, y quién podría tener que pagar un precio a quién por explotar el potencial económico de los datos. Esta incertidumbre menoscaba la previsibilidad necesaria para las operaciones de datos y los problemas que plantea han puesto en jaque a legisladores y jueces.

2. Régimen jurídico de la compraventa de bienes muebles

16. En muchas jurisdicciones, el derecho de los contratos se complementa con leyes específicas sobre la compraventa de bienes muebles. En algunas de esas jurisdicciones, el concepto de “bien mueble” se refiere únicamente a cosas tangibles. En cambio, en otros regímenes, la noción de “bien mueble” es más amplia. Además, el término “compraventa” implica generalmente la transmisión de derechos reales (aspecto que se examina más adelante)¹⁸.

17. En muchas jurisdicciones del sistema de *common law*, la legislación relativa a la compraventa de bienes muebles se basa en la Ley de Compraventa de Bienes Muebles de 1893 del Reino Unido (actualmente derogada). Los órganos judiciales de algunas de esas jurisdicciones han entendido que dicha legislación no es aplicable a los programas informáticos, y menos aún a los datos¹⁹. Si bien las reformas legislativas realizadas en países como Nueva Zelanda han ampliado la legislación para hacerla extensiva a los programas informáticos²⁰, parece poco probable que se aplique a los datos en general. En los Estados Unidos de América, el Código de Comercio Uniforme no se refiere específicamente a las operaciones relativas a programas informáticos, pero algunos tribunales judiciales han decidido aplicarlo a esas operaciones²¹. Cabe señalar que se ha propuesto que los poderes legislativos de los estados de los Estados Unidos utilicen como modelo la Ley Uniforme de Operaciones Informáticas²² para reglamentar las

¹⁸ Véase la “definición comúnmente aceptada” formulada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto *UsedSoft GmbH contra Oracle International Corp.*, que se examina en el párr. 28 *infra*.

¹⁹ En el Reino Unido, con respecto a la Ley de Compraventa de Bienes Muebles de 1979, véase Tribunal de Apelación de Inglaterra y Gales, *St. Albans City and District Council v. International Computers Limited*, caso núm. QBENF 94/1521/C, sentencia de 26 de julio de 1996, *All England Law Reports*, vol. 1996, núm. 4; Tribunal de Apelación de Inglaterra y Gales, *Computer Associates UK Limited v. Software Incubator Limited*, caso núm. A3/2016/3823, sentencia de 19 de marzo de 2018, *Lloyd's Law Reports*, vol. 2018, núm. 1, [2018] EWCA Civ. 518. En Australia, con respecto a la Ley de Compraventa de Bienes Muebles de 1923 del estado de Nueva Gales del Sur, véase Corte Suprema de Nueva Gales del Sur, *Gammasonics Institute for Medical Research Pty. Ltd. v. Comrad Medical Systems Pty. Ltd.*, caso núm. 2009/14136, sentencia de 9 de abril de 2010, *New South Wales Law Reports*, vol. 77, pág. 479, [2010] NSWSC 267.

²⁰ Véase la Ley de Modificación de las Normas sobre Compraventa de Bienes Muebles de 2003, art. 3, cuyas disposiciones modificativas han sido recogidas en la Ley de Contratos y Derecho Mercantil de 2017, art. 119, párr. 1.

²¹ Véase, por ejemplo, Tribunal de lo Civil de la Ciudad de Nueva York, *Communications Groups, Inc. v. Warner Communications, Inc.*, sentencia de 28 de marzo de 1988, *New York Miscellaneous Reports, Third Series*, vol. 138, pág. 80.

²² National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, Ley Uniforme de Operaciones Informáticas (2002), que puede consultarse en inglés en www.uniformlaws.org/viewdocument/committee-archive-52?CommunityKey=92b2978d-585f-4ab6-b8a1-53860fbb43b5&tab=librarydocuments.

operaciones relativas a productos informáticos como los programas de computadoras y las bases de datos en línea; sin embargo, la norma no ha sido adoptada a nivel general.

18. En jurisdicciones de tradición jurídica romanista como Alemania, según el artículo 453 del Código Civil, las disposiciones sobre la compraventa de bienes muebles se aplican por igual a los derechos y otros objetos, entre los cuales pueden considerarse comprendidos los datos. En Francia, la compraventa supone la entrega de una “cosa”, conforme a lo dispuesto en el artículo 1582 del Código Civil francés, que no abarca los datos. En China, según el artículo 132 de la Ley de Contratos, las disposiciones relativas al contrato de compraventa se aplican a cualquier cosa que sea propiedad del vendedor o de la que este tenga derecho a disponer. En el Japón, de acuerdo con el artículo 555 del Código Civil, el contrato de compraventa implica la transmisión de determinados derechos reales, que consisten en el derecho a gozar de los beneficios y facultades que se derivan de la propiedad de la cosa objeto del contrato. Podría decirse que en China y el Japón las disposiciones vigentes sobre la compraventa de bienes muebles pueden ser aplicables a los datos siempre y cuando se reconozcan, respecto de los datos, derechos similares al de propiedad (véase más adelante el análisis de los derechos reales sobre los datos).

3. Otros regímenes

19. En 2018, la UE aprobó un reglamento marco sobre la libre circulación de datos no personales²³. El reglamento prevé, entre otras cosas, la elaboración de códigos de conducta del sector en lo que respecta a la portabilidad de los datos, prestando especial atención a los proveedores de servicios en nube, con el fin de evitar las denominadas “prácticas de dependencia de un solo proveedor” y fomentar la competencia en el mercado de los datos. Si bien no son jurídicamente vinculantes, estos códigos de conducta tienen el efecto de imponer exigencias adicionales a los proveedores de servicios relacionados con los datos, como la obligación de comunicar información y de facilitar el cambio de proveedores de servicios por parte de los usuarios²⁴.

B. Los datos como producto básico

20. Los diversos actores que intervienen a lo largo de la cadena de valor de los datos no siempre tienen una relación contractual entre sí. Por lo tanto, existen límites en cuanto a las normas del derecho de los contratos que puede invocar un actor para proteger sus derechos sobre los datos cuando estos son utilizados por un tercero (por ejemplo, en virtud de la doctrina de la eficacia relativa del contrato en las jurisdicciones del sistema de *common law*).

21. En la presente sección se analizan los regímenes jurídicos aplicables a los datos como producto básico, a saber: i) el derecho de los bienes, y ii) otros regímenes, incluido el derecho penal.

1. Derecho de los bienes

22. En la actualidad, parecería que la mayoría de los ordenamientos jurídicos no consideran que los datos puedan ser objeto de derechos reales. Por ejemplo, en los códigos civiles de la Argentina²⁵, la Federación de Rusia²⁶, Francia²⁷, el Japón²⁸ y España²⁹, no está previsto que los datos sean objeto de derechos reales.

²³ Reglamento (UE) 2018/1807 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea.

²⁴ Véase SWIPO, “Multi-Stakeholder Group Presents Codes of Conduct to Enable Competition and Data Portability for Cloud Service Customers Across Europe”, comunicado de prensa, Helsinki, 26 de noviembre de 2019, disponible en www.swipo.eu/media/SWIPO_press_release.pdf.

²⁵ Artículos 15 y 16.

²⁶ Artículo 128.

²⁷ Artículo 544.

²⁸ Artículos 85 y 206.

²⁹ Artículo 348.

23. En Alemania, varios tribunales de justicia han reconocido que los datos no son “cosas” en el sentido de lo dispuesto en el artículo 90 del Código Civil, por lo que no pueden ser objeto del derecho de propiedad tradicional, que está reservado a los objetos físicos³⁰. No obstante, se ha considerado que la eliminación de datos almacenados en un disco duro constituye una vulneración de la “propiedad” (“*Eigentum*”) del disco duro, a los efectos de entablar una demanda de daños y perjuicios al amparo del artículo 823 del Código Civil³¹.

24. En China, el artículo 127 de las Normas Generales de Derecho Civil indica que los datos pueden ser protegidos por la ley, pero no los reconoce expresamente como objeto de derechos reales. En lugar de ello, se limita a mencionar que cuando una ley prevea la protección de los datos, se aplicará dicha ley. En una sentencia de 2018, un tribunal de primera instancia de Hangzhou reconoció los derechos sobre productos de macrodatos que invocaba un operador de redes desde la perspectiva del derecho de la competencia, a fin de proteger la inversión del operador de redes en esos productos. Sin embargo, ante la falta de leyes vigentes que regularan los derechos sobre los productos de datos, el tribunal se negó a reconocer la propiedad respecto de esos productos, señalando que la propiedad era un derecho absoluto y que, si se concedía a los operadores de redes, se impondrían las respectivas obligaciones a una mayoría no especificada de la población³². Esta sentencia fue confirmada en 2019 por el Tribunal Popular Superior de Zhejiang, que describió los derechos sobre los productos de datos como “derechos reales competitivos”³³.

25. En Inglaterra, donde “la ley se ha mostrado renuente a tratar la información en sí misma como un bien”, el Tribunal de Apelación confirmó recientemente, en el caso *Your Response Ltd. v. Datateam Business Media Ltd.*, que los datos almacenados en una base de datos electrónica no eran un bien corporal a los efectos del *common law* inglés y que, por lo tanto: a) los datos no podían ser objeto de un derecho de retención (es decir, el derecho del depositario a negarse a devolver el bien); y b) la retención de datos no podía ser objeto de una acción reivindicatoria (es decir, una demanda por actos indebidos de posesión o disposición de un bien ajeno)³⁴. No obstante, el tribunal admitió que había argumentos sólidos a favor del reconocimiento de los objetos incorpóreos, por ejemplo, el material digitalizado, como una nueva categoría de bienes, aunque añadió que para introducir esa innovación jurídica sería necesario que interviniera el Parlamento³⁵.

26. Los órganos judiciales de Australia han adoptado un criterio similar³⁶. En cambio, los de Nueva Zelandia se han mostrado más dispuestos a extender las categorías de bienes del *common law* al ámbito digital sin intervención legislativa. Por ejemplo, en el caso *Henderson v. Walker*, el Tribunal Superior aceptó que los archivos digitales del demandante podían ser objeto de posesión y que, por lo tanto, la retención indebida de esos archivos podía dar lugar a una acción reivindicatoria³⁷. El tribunal entendió además que esto se aplicaba a todos los “bienes digitales”, que definió como “todas las formas

³⁰ Véase, por ejemplo, el Tribunal Regional de Constanza, caso núm. 1 S 292/95, sentencia de 10 de mayo de 1996; Tribunal Regional Superior de Dresde, caso núm. 4 W 961/12, sentencia de 5 de septiembre de 2012.

³¹ Tribunal Regional Superior de Karlsruhe, caso núm. 3 U 15/95, sentencia de 7 de noviembre de 1995; véase también Tribunal Regional Superior de Oldenburg, caso núm. 2 U 98/11, sentencia de 24 de noviembre de 2011.

³² Tribunal de Transporte Ferroviario de Hangzhou, *Taobao (China) Software Co., Ltd. v. Anhui Meijing Information Technology Co., Ltd.*, Zhe 8601 Min Chu núm. 4034, sentencia de 16 de agosto de 2018.

³³ Tribunal Popular Superior de Zhejiang, *Anhui Meijing Information Technology Co., Ltd. v. Taobao (China) Software Co., Ltd.*, Zhe Min Shen núm. 1209, sentencia de 2 de julio de 2019.

³⁴ *Your Response Ltd. v. Datateam Business Media Ltd.*, caso núm. B2/2013/1812, sentencia de 14 de marzo de 2014, *Official Law Reports: Queen’s Bench Division*, vol. 2015, pág. 41, [2014] EWCA Civ 281.

³⁵ *Ibid.*, párr. 27.

³⁶ Véase Corte Suprema de Nueva Gales del Sur, *Hoath v. Connect Internet Services*, caso núm. 1599/02, sentencias de 22 de marzo de 2006, *Australian Law Reports*, vol. 229, pág. 566 [2006] NSWSC 158.

³⁷ Tribunal Superior de Nueva Zelandia, *Henderson v. Walker*, caso núm. CIV-2014-409-45, sentencia de 3 de septiembre de 2019, [2019] NZHC 2184.

de información almacenada digitalmente en un dispositivo electrónico, como correos electrónicos, archivos digitales, secuencias de imágenes digitales y programas informáticos” (obsérvese que no son los mismos tipos de bienes digitales de que trata la adición 3)³⁸. No está claro si este caso constituye un precedente jurisprudencial en el sentido de que todos los datos, independientemente de cómo estén estructurados, estarían protegidos por el derecho a interponer una acción reivindicatoria, aunque en una sentencia posterior el Tribunal Superior declaró que el caso hacía extensiva la demanda a la información puramente digital³⁹.

27. En algunos estados de los Estados Unidos de América se ha aceptado que la acción reivindicatoria se extienda a los objetos incorpóreos⁴⁰. Por ejemplo, en el caso *Thyroff v. Nationwide Mutual Insurance Co.*, el Tribunal de Apelaciones del estado de Nueva York sostuvo que una acción reivindicatoria entablada al amparo de la legislación de dicho estado abarcaba los documentos electrónicos almacenados en una computadora, que no se distinguían de los documentos impresos, lo que en ese caso comprendía información de clientes e información personal almacenada en el sistema informático de un mandante al que un mandatario podía acceder a través de una computadora con licencia⁴¹. No obstante, el tribunal advirtió que no había analizado si alguna de las otras, innumerables formas de información virtual debían ser protegidas por las normas de la responsabilidad civil extracontractual⁴².

28. En la UE, parte de la doctrina jurídica ha entendido que el Tribunal de Justicia, en el asunto *UsedSoft GmbH contra Oracle International Corp.*, abrió la puerta a un debate sobre la propiedad de los objetos incorpóreos⁴³. En ese asunto, el tribunal sostuvo que la distribución comercial de programas informáticos mediante descarga de Internet podía constituir una venta a los efectos de la Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre la protección jurídica de programas de ordenador. Para llegar a esa conclusión, el tribunal consideró que, según una definición comúnmente aceptada, la “venta” era un contrato mediante el que “una persona transfiere a otra, a cambio del pago de un precio, los derechos de propiedad de un bien corporal o incorporeal que le pertenece” y, por consiguiente, consideró que una “operación comercial que [...] da lugar al agotamiento del derecho de distribución relativo a una copia de un programa de ordenador implica que se ha transferido el derecho de propiedad de esa copia”⁴⁴. Queda por examinar la aplicabilidad de esa sentencia a otros bienes digitales y en otros ámbitos del derecho de la UE.

29. Tratar a los datos como si fueran bienes plantea una serie de cuestiones jurídicas y de política pública. Algunas de esas cuestiones de política fueron analizadas por el Tribunal Superior de Nueva Zelanda en el caso *Henderson v. Walker* al considerar la posibilidad de extender la acción reivindicatoria a todas las formas de información almacenada digitalmente en un dispositivo electrónico, a las que el tribunal denominó “bienes digitales”:

También existen muy buenas razones de política para hacer extensivas a los bienes digitales las normas de la responsabilidad civil extracontractual por posesión o disposición indebida de bienes ajenos. Actualmente, el derecho (civil) ofrece protección en caso de posesión o disposición indebida del bien corporal que contiene los bienes digitales; cuando la información registrada en el bien digital se obtiene quebrantando el deber de confidencialidad o infringiendo las normas sobre privacidad; o cuando el bien digital está sujeto a un contrato, un derecho de autor o una patente. Sin embargo, sería posible adquirir bienes digitales en

³⁸ *Ibid.*, párr. 263.

³⁹ Tribunal Superior de Nueva Zelanda, *Ruscoe v. Cryptopia Limited (in liquidation)*, caso núm. CIV-2019-409-000544, sentencia de 8 de abril de 2020, [2020] NZHC 728, párr. 91.

⁴⁰ *Kremen v. Cohen*, caso núm. 01-15899, sentencia de 25 de julio de 2003, *Federal Reporter, Third Series*, vol. 337, pág. 1024, [2003] USCA9 49.

⁴¹ *Thyroff v. Nationwide Mutual Insurance Co.*, sentencia de 22 de marzo de 2007, *New York Reports, Third Series*, vol. 8, págs. 292 y 293.

⁴² *Ibid.*, pág. 293.

⁴³ Asunto núm. 128/11, sentencia de 3 de julio de 2012.

⁴⁴ *Ibid.*, párr. 42.

circunstancias en que esa protección no fuese aplicable, como en el caso de que un *hacker* eliminara a distancia, de los servidores de una empresa, un programa informático no confidencial, pero valioso.

Los bienes digitales pueden tener un inmenso valor comercial en el mundo moderno, lo que significa que existe una importante razón económica para garantizar que la ley proteja debidamente esos bienes.

...

Visto objetivamente, parece obvio que los bienes digitales deberían gozar de la protección que confieren las normas del derecho de los bienes. Tienen todas las características de los bienes, y las dificultades conceptuales parecen derivarse principalmente de los orígenes históricos de nuestro derecho de los bienes corporales. Hay una diferencia real entre los bienes digitales y la información registrada en ellos. Esos registros permanentes de información ya pueden ser objeto de posesión o disposición indebida cuando adoptan una forma física, y sería arbitrario basar las normas jurídicas en la forma del soporte, especialmente hoy en día, en que los soportes digitales han asumido un papel omnipresente en la vida moderna.

30. Al mismo tiempo, el tribunal reconoció que había opiniones opuestas:

Quienes se oponen a esa ampliación del alcance de las normas expresan preocupación por la viabilidad de aplicar el concepto de posesión a los bienes incorporales... Señalan que el *common law* no otorga un control despótico sobre cualquier cosa que tenga un valor económico, ya que ni siquiera los bienes corporales gozan de protección contra vulneraciones efímeras como la invasión visual, y es el concepto de posesión el que fija los límites en el caso de los bienes corporales.

Los opositores también señalan que el *common law* ha elaborado cuidadosamente distintas categorías de posesión o disposición indebida de un bien ajeno (aprehensión física, retención y negativa a devolver, uso indebido y traspaso a otro) que se basan en el carácter físico de los bienes. Aducen que, como la posesión o disposición indebida es un hecho ilícito que genera responsabilidad civil extracontractual objetiva, las consecuencias de extender la responsabilidad civil extracontractual a un ámbito incierto podrían ser perjudiciales.

31. La Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) ha estudiado algunas de las cuestiones de política pública que cabe considerar. Por ejemplo, el Comité Sindical Consultivo ha publicado un análisis de los aspectos fundamentales y recomendaciones con respecto al crecimiento constante de la economía digital. En su análisis, el Comité aborda la gobernanza de los datos y señala la importancia de crear mejores regímenes y normas jurídicas en materia de gobernanza de datos. A tal fin, recomienda establecer normas sobre la propiedad de los datos, incluidos los derechos de acceso, procesamiento y eliminación, y sobre la fijación del precio de los datos⁴⁵. La secretaria de la OCDE también ha publicado un informe sobre cuestiones de importancia clave para la transformación digital en el Grupo de los 20 (G20), en el que señala que una de las dificultades para promover la inversión en datos y el intercambio de datos es la propiedad de los datos. Al mismo tiempo, observa que conferir derechos de propiedad sobre los datos plantea además otros problemas debido a la variedad de partes interesadas y la diversidad de derechos cuya protección estas puedan solicitar, como la capacidad de acceder a los datos, crearlos, modificarlos, empaquetarlos, aprovecharlos, venderlos o eliminarlos, pero también el derecho a ceder esos privilegios de acceso a otros⁴⁶.

⁴⁵ Comité Sindical Consultivo, “[Digitalization and the Digital Economy: Trade Union Key Messages](#)”, febrero de 2017, pág. 5.

⁴⁶ OCDE, “Key Issues for Digital Transformation in the G20”, informe preparado para una conferencia conjunta de la Presidencia alemana del G20 y la OCDE, Berlín, 12 de enero de 2017, págs. 65 y 66.

32. Además, en una comunicación de 2018 sobre la creación de un espacio común de datos en la UE, la Comisión Europea informó de que, en lo que respecta al intercambio de datos entre empresas, las partes interesadas “no están a favor de un nuevo tipo de derecho de ‘propiedad de los datos’”, debido a que “la cuestión decisiva en el intercambio entre empresas no es tanto la propiedad, sino la forma en que está organizado el acceso”⁴⁷. Esto parece reflejar la opinión predominante en la doctrina jurídica, al menos en lo que respecta a los datos no estructurados. En tal sentido, a menudo se aducen –como motivos por los cuales los datos no deberían ser objeto de derechos reales– el carácter “no rival” de los datos (en el sentido de que el uso de los datos por una persona no limita su uso por otra persona debido a la facilidad con la que se pueden reproducir los datos) y la dificultad para individualizar los datos específicos que son objeto de derechos reales. Otra observación que se ha hecho es que no sería útil limitarse a caracterizar a los datos como “bienes” sin antes preguntar en qué contexto legislativo se necesita esa caracterización⁴⁸ y qué consecuencias puede tener esa caracterización en otros contextos.

2. Otros regímenes

33. Algunos regímenes jurídicos prevén medidas de protección adicionales con respecto a determinados tipos de datos o representaciones de datos. Por ejemplo, en muchas jurisdicciones la legislación reconoce derechos como derechos de autor, derechos sobre bases de datos⁴⁹, derechos respecto de los datos personales y derechos (o las obligaciones correspondientes) relativos a secretos comerciales e información confidencial. Las repercusiones de la economía de los datos en los regímenes jurídicos vigentes en materia de propiedad intelectual es un tema que está examinando actualmente la secretaría de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual⁵⁰. Por otra parte, las cuestiones relacionadas con la privacidad y la protección de datos han sido excluidas expresamente del mandato otorgado a la Secretaría.

34. En algunas jurisdicciones se han promulgado leyes que reconocen algunos derechos sobre los datos que estén en poder de un tercero en caso de insolvencia. Un ejemplo es Luxemburgo, cuyo Código de Comercio fue modificado en 2013 para permitir la recuperación de datos suministrados a un proveedor de servicios de nube insolvente⁵¹. En otras jurisdicciones se han aprobado leyes con el fin de reconocer algunos derechos sobre los datos que estén en poder de un tercero en caso de fallecimiento o incapacidad⁵².

35. En algunas jurisdicciones el derecho penal puede ofrecer una protección adicional. Por ejemplo, en Alemania, el artículo 303a del Código Penal tipifica como delito la manipulación (incluida la eliminación) de datos sobre los que existan derechos de terceros (Código Penal de Alemania, art. 303a). Al analizar si existían derechos de terceros, el Tribunal de Apelación de Nuremberg sostuvo que quien tenía la facultad de

⁴⁷ Documento COM (2018) 232 final, pág. 11.

⁴⁸ Corte Suprema de Nueva Zelanda, *Dixon v. The Queen*, caso núm. SC 82/2014, sentencia de 20 de octubre de 2015, *New Zealand Law Reports*, vol. 2016, núm. 1, pág. 678, [2015] NZSC 147.

⁴⁹ Véase, por ejemplo, la [Directiva 96/9/CE](#) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos.

⁵⁰ Véase OMPI, “La propiedad intelectual en un mundo impulsado por los datos”, *Revista de la OMPI*, vol. 2019, núm. 5 (octubre de 2019).

⁵¹ Luxemburgo, Ley de 9 de julio de 2013 por la que se modifica el artículo 567 del Código de Comercio, *Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg*, vol. 2577, núm. 124 (18 de julio de 2013), pág. 2578.

⁵² Véase, por ejemplo, National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, *Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act (2015) with Prefatory Note and Comments*, publicación que puede consultarse en www.uniformlaws.org/viewdocument/final-act-with-comments-40?CommunityKey=f7237fc4-74c2-4728-81c6-b39a91ecdf22&tab=librarydocuments, y que contiene la Ley de Modificación de la Ley Uniforme sobre Acceso de los Fiduciarios a Bienes Digitales de 2015, que ha sido incorporada a la legislación de casi todos los estados de los Estados Unidos. Véase también Uniform Law Conference of Canada, Ley Uniforme de Acceso de los Fiduciarios a Bienes Digitales (2016), que puede consultarse en inglés en www.ulcc.ca/images/stories/2016_pdf_en/2016ulcc0006.pdf.

disponer de los datos era, en principio, el originador del registro de los datos⁵³. En Francia, el Tribunal de Casación afirmó, en una sentencia dictada en 2015, que la descarga de datos de un sitio web no público para guardarlos en soportes de datos personales y distribuirlos a terceros podía constituir hurto⁵⁴. En cambio, en Nueva Zelanda, la Corte Suprema afirmó, en una sentencia de 2015, que las secuencias de imágenes digitales eran “bienes” en el sentido de lo dispuesto en la Ley de Delitos de 1967 y que, por consiguiente, la obtención de secuencias de imágenes digitales de un sistema de circuito cerrado de televisión podía constituir el delito de acceso a un sistema informático con fines deshonestos conforme a lo dispuesto en el artículo 249 de la Ley⁵⁵.

36. Algunos regímenes jurídicos también pueden contribuir a proteger los datos, restringiendo el acceso o la localización. En un contexto transfronterizo, además de la privacidad, la ley puede restringir la circulación de datos para cumplir otros objetivos reglamentarios, como el acceso a la información con fines de auditoría⁵⁶. También puede hacerlo para atender a las preocupaciones de seguridad nacional o para ayudar a desarrollar la capacidad nacional en los sectores de uso intensivo de la tecnología digital⁵⁷. La circulación de datos a través de fronteras y la localización de datos son cuestiones que se están examinando actualmente en otros foros internacionales, por ejemplo, entre los miembros de la Organización Mundial del Comercio como parte de la iniciativa de la Declaración Conjunta sobre el Comercio Electrónico.

37. En general, parecería que esos otros regímenes solo ofrecen una cobertura fragmentada a los actores que tratan de proteger sus intereses en materia de datos. En particular, la legislación de propiedad intelectual y otros regímenes similares solo protegen determinados tipos de datos o procesos relacionados con los datos, mientras que otras leyes se aplican únicamente en determinadas circunstancias (por ejemplo, en caso de insolvencia) o a determinadas conductas (por ejemplo, la transferencia transfronteriza de datos incumpliendo obligaciones de localización de datos). Por otra parte, la búsqueda de soluciones a través del sistema de justicia penal estaría normalmente fuera del control directo de una parte comercial.

38. Una opción para aumentar la seguridad jurídica y la previsibilidad de las operaciones de datos, sin ampliar los conceptos tradicionales del derecho de los bienes, podría ser que la ley reconociera un “conjunto” de derechos sui géneris respecto de los datos con efectos frente a terceros. Por ejemplo, en el marco de la labor sobre los Principios ALI/ELI se están proponiendo dos derechos que pueden hacerse valer contra otra persona con la que no se tenga una relación contractual directa, a saber:

a) el “*leapfrogging*”, mecanismo que, omitiendo eslabones de una cadena, confiere al proveedor de datos el derecho a exigir el cumplimiento de las condiciones de uso a un receptor de datos posterior, aunque no exista una relación contractual entre el proveedor de datos y ese receptor, siempre y cuando: a) el receptor intermedio haya transmitido los datos al receptor posterior con arreglo a las condiciones pactadas en el contrato celebrado con el proveedor de datos, b) en ese contrato se haya establecido la obligación del receptor intermedio de imponer las condiciones de uso al receptor posterior, y c) el receptor posterior haya infringido las condiciones de uso⁵⁸; y

⁵³ Tribunal Regional Superior de Nuremberg, caso núm. 1 Ws 445/12, sentencia de 23 de enero de 2013.

⁵⁴ Tribunal de Casación, Sala de lo Penal, recurso núm. 14-81336, sentencia de 20 de mayo de 2015, *Bulletin Criminel*, vol. 2015, núm. 119.

⁵⁵ *Dixon v. The Queen*.

⁵⁶ Francesca Casalini y Javier López González, “Trade and Cross-Border Data Flows”, Trade Policy Papers núm. 220 de la OCDE (París, 23 de enero de 2019), pág. 5. Para obtener información sobre los primeros regímenes normativos internacionales adoptados en respuesta a la automatización del procesamiento de datos, véanse la Recomendación del Consejo de la OCDE con respecto a las Directrices sobre protección de la privacidad y flujos transfronterizos de datos personales (1980), documento C(80)58/FINAL, y el Convenio para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, celebrado con el auspicio del Consejo de Europa: Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1496, núm. 25702.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ Principios ALI/ELI, anteproyecto núm. 3 (15 de octubre de 2019), presentado a la Secretaría.

b) derechos con respecto a los datos generados de manera conjunta, en virtud de los cuales toda persona que haya participado en la generación de esos datos tiene, respecto de ellos, determinados derechos similares a los derechos reales, que puede invocar frente al procesador de los datos y que abarcan derechos relacionados con los siguientes aspectos: i) el acceso a los datos, su extracción o su portabilidad, ii) la renuncia al control o el procesamiento de los datos, o a ambas cosas, iii) la corrección de los datos, y iv) la participación económica⁵⁹. Estos derechos guardan cierta semejanza con los derechos relacionados con los datos personales previstos en las leyes sobre privacidad.

39. En los Principios ALI/ELI también se han previsto varias obligaciones para los actores con respecto al procesamiento de datos por usuarios posteriores, que normalmente no tendría un fundamento contractual. Por ejemplo, el proveedor de datos está obligado a adoptar medidas razonables y apropiadas (entre ellas salvaguardias técnicas) para garantizar que el receptor, así como las partes a quienes este pueda suministrar los datos, cumplan todos los deberes y respeten todas las restricciones que el propio proveedor de datos haya tenido que observar en beneficio de un tercero protegido⁶⁰.

C. Reflexiones para la Comisión

40. Como señaló la Secretaría en su nota sobre las cuestiones jurídicas relacionadas con la economía digital (A/CN.9/1012, párr. 25), a pesar de su fundamento contractual, existe incertidumbre en cuanto a los derechos y obligaciones de las partes en las operaciones de datos. Por lo tanto, se propone, como parte del plan de trabajo presentado en esa nota, que la Secretaría emprenda una labor preparatoria con miras a elaborar un texto legislativo sobre los derechos y obligaciones de las partes en las operaciones de datos celebradas con fines comerciales.

41. La creación de nuevos derechos sobre los datos como producto básico plantea cuestiones importantes de política pública por cuanto introduce un nuevo régimen jurídico en materia de datos que exige analizar cuidadosamente los intereses de los actores involucrados y las repercusiones sociales, económicas y jurídicas a nivel más general. En consonancia con el énfasis que ha puesto la Comisión en que se “propon[gan] soluciones que permit[an] superar los obstáculos jurídicos y t[engan] en cuenta consideraciones de orden público”⁶¹, no se propone que se emprenda en este momento una labor preparatoria en relación con los derechos sobre los datos como producto básico, sino que se siga adelante con la labor de investigación en esa esfera.

V. Evaluación preliminar de los textos pertinentes de la CNUDMI

A. Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CIM)

1. “Compraventa” de “mercaderías”

42. En las dos últimas décadas ha habido un animado debate sobre si la CIM es aplicable a los programas informáticos. La CIM se aplica a los “contratos de compraventa de mercaderías” (art. 1, párr. 1), y el debate se ha centrado en dos cuestiones: en primer lugar, si los programas informáticos pueden considerarse “mercaderías” (término que no se define en la CIM) y, en segundo lugar, si la transferencia de programas informáticos en virtud de un contrato puede considerarse un “contrato de compraventa”.

⁵⁹ Principios ALI/ELI, proyecto núm. 1 del Consejo del ALI, principios 17 a 22.

⁶⁰ Principios ALI/ELI, anteproyecto núm. 3, principio 27.

⁶¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo cuarto período de sesiones, suplemento núm. 17 (A/74/17)*, párr. 210.

43. En cuanto a la primera cuestión, la Secretaría observó en 2001 que la CIM “parece incorporar un concepto bastante conservador de ‘mercancías’”, ya que tanto la doctrina jurídica como la jurisprudencia consideraban que el concepto “se aplica básicamente a bienes corporales muebles”⁶². Así pues, un disco u otro soporte físico al que se hubiera incorporado un código informático era una “mercadería”, pero el propio código informático adquirido (por ejemplo, mediante descarga de Internet) no lo era.

44. Con respecto a la segunda cuestión, la Secretaría ha observado anteriormente que, si bien el término “contrato de compraventa” no está definido en la CIM, su significado puede determinarse en función del contexto, concretamente a la luz de los derechos y obligaciones de las partes en el contrato de compraventa que se regulan en la CIM. Así pues, el contrato de compraventa implica la entrega de las mercaderías y la transmisión de la propiedad, lo que permite distinguirlo de un acuerdo de licencia⁶³. Dado que el suministro de programas informáticos implica la copia de datos (es decir, el código informático) y no supone la “transmisión de la propiedad” de los datos, el suministro puede caracterizarse únicamente como una licencia y no como una “compraventa”. Sin embargo, en una sentencia dictada en 2015, un tribunal de distrito de los Países Bajos concluyó que un acuerdo de licencia de *software* era una “compraventa” a los efectos de la CIM, dado que el uso del *software* no estaba limitado en el tiempo y que se transfería a cambio de un solo pago, en lugar de pagos mensuales⁶⁴.

45. Al pasar de los programas informáticos a las operaciones de datos, se presenta una nueva dificultad en el sentido de que, como se señaló anteriormente (párr. 22 *supra*), al parecer los datos no se consideran “bienes” en la mayoría de los ordenamientos jurídicos. No obstante, la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto *UsedSoft GmbH contra Oracle International Corp.*⁶⁵, que se refería a un contexto legislativo diferente, podría utilizarse para equiparar algunas operaciones de datos, especialmente los contratos de suministro de datos, a los contratos de compraventa. En lo que respecta a los contratos de servicios relacionados con datos, se plantea además la cuestión de si la prestación del servicio constituye la “parte principal” del contrato, lo que daría lugar a la exclusión prevista en el artículo 3, párrafo 2, de la CIM.

2. Idoneidad de las disposiciones sustantivas para aplicarse a las operaciones de datos

46. Aun cuando la CIM fuese aplicable a las operaciones de datos, cabe preguntarse si sus disposiciones son adecuadas para satisfacer las necesidades de las partes. Según una opinión doctrinaria, la aplicación de las disposiciones sustantivas de la CIM a las operaciones de datos no plantea ningún problema nuevo importante, dado que la mayoría de las cuestiones ya se han discutido y han sido objeto de litigios en el contexto de las operaciones relacionadas con programas informáticos. En cambio, según otras opiniones doctrinarias, no es aconsejable aplicar la CIM a nuevas esferas, ya que pueden tener una realidad comercial diferente a la de la “compraventa internacional de mercaderías”. Si bien estas opiniones se expresaron en relación con los programas informáticos, pueden ser aún más pertinentes respecto de las operaciones de datos.

47. Un análisis de las normas sustantivas de la CIM revela que las disposiciones que se examinan en los párrafos siguientes con respecto a los derechos y obligaciones de las partes pueden no ser adecuadas para atender a las necesidades de las partes en las operaciones de datos.

Artículos 38 y 39 – Plazo para examinar las mercaderías

48. De acuerdo con el artículo 38, el comprador debe examinar o hacer examinar las mercaderías en el plazo más breve posible atendidas las circunstancias. En las operaciones de datos, lo más probable es que el comprador pueda examinar solo superficialmente los datos transferidos y que no disponga de los medios para comprobar

⁶² A/CN.9/WG.IV/WP.91, párr. 21.

⁶³ *Ibid.*, párrs. 27 y 28.

⁶⁴ Tribunal de Distrito de Midden-Nederland, *Corporate Web Solutions v. Dutch company and Vendorlink B.V.*, caso núm. C/16/364668, sentencia de 25 de marzo de 2015.

⁶⁵ Asunto núm. C-128/11, sentencia de 3 de julio de 2012.

la exactitud e integridad de dichos datos. Por consiguiente, los plazos previstos en el artículo 39 para que el comprador comunique al vendedor la falta de conformidad de las mercaderías (es decir, un plazo razonable o de dos años como máximo) parecen poco razonables en el contexto de las operaciones de datos.

Artículos 41 y 42 – Conformidad de las mercaderías

49. La aplicación a las operaciones de datos de los artículos 41 y 42, relativos a la conformidad de las mercaderías, suscita algunos interrogantes. El uso de los datos suministrados puede estar restringido por la aplicación del Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea⁶⁶. Con respecto a los derechos de terceros, es necesario tener en cuenta las cuestiones relativas a la propiedad de los datos. Además, las operaciones de datos pueden verse perturbadas por la posterior revocación del consentimiento para el uso de los datos por parte de las personas afectadas que sean titulares de los datos personales utilizados.

Artículos 45 y 74 a 77 – Daños y perjuicios

50. En el ámbito de las operaciones de datos puede ser difícil calcular los daños y perjuicios; por ejemplo, la cuestión del nexo causal y la cuantía de los daños, cuando los datos se adquirieron específicamente con el fin de comercializar productos y esto se ve dificultado por la falta de conformidad de los datos.

Artículo 46 – Cumplimiento y subsanación de la falta de conformidad mediante la sustitución o la reparación de las mercaderías

51. Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, el artículo 46 permite que el comprador exija la entrega de “otras mercaderías en sustitución de aquellas”. Cabe señalar que el derecho al cumplimiento específico no está garantizado y está restringido por la norma general del artículo 28, que establece que un tribunal no está obligado a ordenar el cumplimiento específico a menos que lo haga en virtud de su propio derecho, respecto de contratos similares. No obstante, es probable que la obligación de entregar otras mercaderías en sustitución de las no conformes no esté prevista en el contexto de las operaciones de datos, o sea totalmente inaplicable. En el caso de que un soporte de datos resultara dañado, lo que podría calificarse de embalaje inadecuado de conformidad con el artículo 35, párr. 2 d), dependiendo del alcance de los límites fijados al uso de los datos, se podría exigir la reparación o la sustitución del soporte de datos.

Artículo 52 – Entrega anticipada, cantidad excedente

52. De acuerdo con el artículo 52, si el vendedor entrega las mercaderías antes de la fecha fijada o entrega una cantidad de mercaderías mayor que la expresada en el contrato, el comprador puede negarse a aceptar la entrega de todas las mercaderías o de la cantidad excedente. En las operaciones de datos en las que los datos se suministran en línea (por ejemplo, por correo electrónico), es posible que el comprador no pueda negarse a aceptar la entrega, especialmente de la cantidad excedente de datos.

Artículo 55 – Contratos con precio indeterminado

53. Cuando un contrato haya sido válidamente celebrado, pero en él ni expresa ni tácitamente se haya señalado el precio o estipulado un medio para determinarlo, la norma supletoria prevista en el artículo 55 remite al precio generalmente cobrado en el momento de la celebración del contrato por tales mercaderías, vendidas en circunstancias semejantes. La aplicación de esa norma supletoria a las operaciones de datos puede plantear un desafío, dada la dificultad para determinar “el precio generalmente cobrado” en ese contexto.

⁶⁶ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE.

Artículo 66 – Pérdida de las mercaderías

54. El artículo 66 trata de la transmisión del riesgo de pérdida o deterioro de las mercaderías. Si la pérdida de las mercaderías ocurre después de que el riesgo se haya transmitido al comprador, este sigue estando obligado a pagar el precio, a menos que la pérdida se deba a un acto u omisión del vendedor. Se aduce que las disposiciones sobre la transmisión del riesgo (arts. 66 a 70) pueden aplicarse en general a los datos y que el carácter facultativo de esas disposiciones permite que las partes las adapten a sus necesidades. En las operaciones de datos, el concepto de “pérdida” puede estar vinculado a preocupaciones relacionadas con la seguridad de los datos, pero su significado no es fácil de entender. Podría decirse que, incluso en el caso de una “cesión” de datos, el vendedor no borrará la copia de los datos transferidos hasta que el comprador haya aceptado recibirlos y haya pagado el precio. En caso de licencia de los datos, el vendedor conservará una copia de los datos transferidos y, por lo tanto, esos datos no se perderán nunca.

Artículos 85 y 86 – Conservación de las mercaderías

55. En los artículos 85 y 86 se establecen las obligaciones de ambas partes de conservar las mercaderías en determinadas circunstancias. Si bien el concepto de “conservación de las mercaderías” tiene sentido en el contexto de los bienes corporales, no parece ser aplicable a los datos. En términos prácticos, es posible que la calidad de los datos no cambie después de cierto tiempo y que, por consiguiente, no sea necesario preservarlos.

Artículo 88 – Venta de las mercaderías

56. Conforme al artículo 88, la parte que esté obligada a conservar las mercaderías puede venderlas por cualquier medio apropiado si la otra parte se ha demorado excesivamente en tomar posesión de ellas, en aceptar su devolución o en pagar el precio o los gastos de su conservación, siempre que comunique con antelación razonable a esa otra parte su intención de vender. Esta disposición no parece adecuada para las operaciones de datos porque el contrato puede limitar expresamente la facultad del comprador de transferir los datos a un tercero por motivos de privacidad o seguridad de los datos.

3. Resumen

57. Aun cuando la CIM llegara a aplicarse a las operaciones de datos, la incertidumbre en cuanto a la forma de aplicar sus disposiciones sustantivas indica que no es una solución adecuada como régimen internacional aplicable a los derechos y obligaciones de las partes en operaciones de datos. No obstante, la CIM podría servir como modelo para elaborar una solución legislativa armonizada a este respecto.
