



TIRANT LO BLANCH

Los contratos traducidos

La traducción de los contratos de licencia de uso en programas de ordenador

Carmen Bestué

derecho y
tic's

LOS CONTRATOS
TRADUCIDOS.
LA TRADUCCIÓN DE LOS
CONTRATOS DE LICENCIA
DE USO DE PROGRAMAS DE
ORDENADOR

CARMEN BESTUÉ

tirant lo bllanch
Valencia, 2013

Copyright ® 2013

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de la autora y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com (<http://www.tirant.com>).

© Carmen Bestué

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELFS.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
ISBN: 978-84-9053-04%
MAQUETA: PMC Media

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.

Para Michel y Elena,
Bruno e Inés, los nuestros

ÍNDICE

ÍNDICE DE CUADROS Y EJEMPLOS 11

INTRODUCCIÓN 15

Capítulo 1

INTRODUCCIÓN A LA FIGURA DEL CONTRATO DESDE UNA PERSPECTIVA COMPARADA

1. LAS FAMILIAS DEL CIVIL LAW Y EL COMMON LAW.....	22
1.2. Falta de equivalencia en las categorías del derecho	25
1.3. La noción de contrato.....	31
1.4. La formación del contrato	37
1.5. El contenido del contrato.....	43

Capítulo 2

LOS CONTRATOS SOBRE PROGRAMAS DE ORDENADOR EN EL DERECHO ESPAÑOL

1. NORMATIVA APLICABLE Y CUESTIONES TERMINOLÓGICAS PREVIAS.....	54
2. LOS TÉRMINOS “DERECHO DE AUTOR” Y “COPYRIGHT”.....	57
2.1. La transmisión del derecho de autor	62
3. OBJETO DE LOS CONTRATOS DE LICENCIA DE USO	65
3.1. Distinción entre contratación informática y electrónica	65
3.2. Los programas de ordenador como objeto de la contratación....	66
3.3. Aspectos jurídicos de los programas de ordenador	69
3.4. Fijación terminológica: licencia de uso.....	72
4. EL CONTENIDO JURÍDICO DE LA LICENCIA DE USO NO PERSONALIZADA.....	77

Capítulo 3

EL MODELO ORIGINAL: EL CONTRATO DE LICENCIA DE USO ANGLOSAJÓN

1. LOS DERECHOS DE AUTOR EN EL ÁMBITO ANGLOSAJÓN.....	86
2. LA COMERCIALIZACIÓN DE LOS PROGRAMAS DE ORDENADOR	88
2.1. Los contratos de licencia de uso en formato electrónico	91
2.2. Validez de los contratos de licencia de uso.....	93

3. NORMATIVA APLICABLE A LOS CONTRATOS DE LICENCIA DE USO	94
4. CONTENIDO DEL CONTRATO DE LICENCIA DE USO	95
5. ANÁLISIS DE LAS CLÁUSULAS TÍPICAS DEL CONTRATO DE LICENCIA DE USO	98
5.1. Título	98
5.2. Fórmula Introductoria	99
5.3. Restricciones en el uso del programa de ordenador	101
5.4. Reserva de derechos y propiedad	104
5.5. Prohibición de realizar copias del programa y de ceder los derechos derivados del contrato de licencia	105
5.6. Cláusulas de garantía limitada y limitación de responsabilidad	106
5.7. Clausulado en materia de exportación	112
5.7. Derecho aplicable y sumisión a fuero	113
5.8. Resolución o terminación del contrato	114
5.9. Cláusulas adicionales o miscelánea	115

Capítulo 4

EL MODELO TRADUCIDO: LOS CONTRATOS DE LICENCIA DE USO
A LA LUZ DEL DERECHO ESPAÑOL

1. CLAUSULADO TÍPICO DE LAS LICENCIAS DE USO DE PROGRAMAS DE ORDENADOR	118
1.1. Cláusulas de protección de la propiedad intelectual	119
1.2. Cláusulas de garantías y limitación de responsabilidad	127
1.3. Otras estipulaciones	136

Capítulo 5

EL PESO DE LA DIMENSIÓN CULTURAL EN LA TRADUCCIÓN JURÍDICA

1. LA TRADUCCIÓN DE TEXTOS ESPECIALIZADOS	142
1.1. La relación entre lengua y derecho	144
1.2. Géneros o tipologías de la traducción jurídica	147
2. UN ENFOQUE COMUNICATIVO Y SOCIOCULTURAL DE LA TRADUCCIÓN JURÍDICA	150
3. UN ENFOQUE FUNCIONALISTA DE LA TRADUCCIÓN JURÍDICA	154
4.1. La transferencia de los conceptos jurídicos	162
5. LAS TÉCNICAS DE TRADUCCIÓN EN LA TRADUCCIÓN JURÍDICA	167
5.1. Las técnicas de traducción en el nivel fraseológico	168
5.2. Las técnicas de traducción en el nivel terminológico	173
5.3. La resolución de los problemas terminológicos	183

Capítulo 6

LA TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL DE LA LICENCIA DE USO NO PERSONALIZADA DE PROGRAMAS DE ORDENADOR

1. LAS TRADUCCIONES DE LAS LICENCIAS DE USO Y SU IMPACTO EN LA CREACIÓN DE UNA NUEVA FORMA CONTRACUTUAL	190
2. ASPECTOS FRASEOLÓGICOS Y TEXTUALES	197
2.1. Las marcas referenciales en el nivel fraseológico	198
2.2. Otros rasgos fraseológicos del TO	199
3. ASPECTOS TERMINOLÓGICOS DE LAS TRADUCCIONES DE LOS CONTRATOS	204
4. LAS MARCAS DE LA FUNCIÓN INSTRUMENTAL DE LA TRADUCCIÓN EN EL TM.....	207
4.1. Imperativos legales del ordenamiento jurídico que rige el TO	208
4.2. La traducción de los términos marcados culturalmente	215

Apéndice

ANÁLISIS DE LOS CONTRATOS DE LICENCIA DE USO DE PROGRAMAS DE ORDENADOR

1. ANÁLISIS DEL CONTRATO DE ADOBE, VERSIÓN 2002	222
1.1. Elementos que hacen dudar de que el método utilizado sea el adecuado	222
1.2. Ejemplos de las técnicas de traducción utilizadas para los términos culturalmente marcados	230
1.3. Elementos propios de una traducción instrumental.....	232
2. ANÁLISIS DEL CONTRATO DE MICROSOFT, WINDOWS XP PROFESSIONAL.....	232
2.1. Elementos que hacen dudar de que el método utilizado sea el adecuado	232
2.2. Ejemplos de técnicas de traducción utilizadas para los términos marcados culturalmente:.....	235
2.3. Elementos propios de una traducción instrumental que corroboran la utilización de un método adecuado.....	237
3. ANÁLISIS DEL CONTRATO DE LICENCIA DE USO NEGOCIADO INDIVIDUALMENTE.....	238
3.1. Elementos que corroboran que el método utilizado es el adecuado	239
3.2. Ejemplos de las técnicas de traducción utilizadas para los términos marcados culturalmente	243
4. RECAPITULACIÓN	244
BIBLIOGRAFÍA.....	245
FUENTES DE DOCUMENTACIÓN EN INTERNET	261

ÍNDICE DE CUADROS Y EJEMPLOS

Índice de cuadros

Cuadro 1.1.	Cuadro sinóptico de las familias del <i>Civil law</i> y <i>Common law</i>	23
Cuadro 1.2.	La noción de contrato desde una perspectiva comparada.....	33
Cuadro 1.3.	Cuadro resumen de figuras afines al contrato.....	37
Cuadro 1.4.	Descripción de las etapas del contrato	40
Cuadro 2.1.	Ánalisis del uso contextual del término <i>copyright</i>	58
Cuadro 2.1.	Equivalentes utilizados por la OMPI para instituciones españolas con competencia en materia de derechos de autor y derechos de propiedad industrial.....	60
Cuadro 2.2.	“Propiedad intelectual e industrial” en español	61
Cuadro 2.3.	Equivalentes de <i>Intellectual Property</i> en español	62
Cuadro 2.4.	Ejemplos de técnicas de traducción de <i>License agreement</i>	64
Cuadro 2.5.	Contenidos nacionales del término “cesión”	75
Cuadro 3.1.	Marco conceptual de los contratos sobre productos informáticos	97
Cuadro 5.1.	Combinación de las clasificaciones textuales de House y Nord propuesta por Terral (2002:45)	159
Cuadro 5.2.	Equivalentes del término <i>License Agreement</i>	166
Cuadro 5.3.	Propuesta de clasificación de las técnicas de traducción según la finalidad del TM, Terral (2002:95).....	183
Cuadro 6.1.	Resumen de las técnicas de traducción aplicables a las “ <i>magic words</i> ”	212
Cuadro 6.2.	Resumen de los términos culturalmente marcados	217

Índice de ejemplos

Ejemplo 2.1	Equivalentes utilizados por la OMPI para instituciones españolas con competencia en materia de derechos de autor y derechos de propiedad industrial.....	60
Ejemplo 2.2.	Folleto de Microsoft para el producto Winword de 1994	76
Ejemplo 2.3.	Modelo de contrato propuesto por IBM	79
Ejemplo 2.4.	Modelo de contrato propuesto por Adobe Systems	80
Ejemplo 3.1.	Ejemplo de advertencia legal de un shrinkwrap agreement.....	90
Ejemplo 3.2.	Aviso de pantalla del programa Java	92
Ejemplo 3.3.	Enlace de términos de uso de página web comercial.....	93
Ejemplo 3.4.	Contrato de servicios online de Adobe	99
Ejemplo 3.5.	Fórmula introductoria con aceptación del contrato	100

Ejemplo 3.6.	Modelo de Fórmula introductoria de Microsoft.....	101
Ejemplo 3.7.	Modelo de cláusula de resolución de contrato en inglés de Microsoft	102
Ejemplo 3.8.	Modelo de cláusula de resolución propuesto por Adobe Services	103
Ejemplo 3.9.	Ejemplo de cláusula con limitaciones en el uso del programa informático	104
Ejemplo 3.10.	Ejemplo de cláusula de reserva de derechos y titularidad	104
Ejemplo 3.11.	Ejemplo de cláusula por la que se prohíbe la venta del programa ..	105
Ejemplo 3.12.	Ejemplo de cláusula en la que se autoriza la cesión gratuita del programa.	105
Ejemplo 3.13.	Garantía limitada otorgada por Microsoft para su programa Office 2007.....	107
Ejemplo 3.14.	Exclusión total de garantías del programa Adobe Reader.....	109
Ejemplo 3.15.	Propuesta de redacción de las cláusulas de garantías limitadas	111
Ejemplo 3.16.	Cláusula de control de las exportaciones propuesta por Apple para el programa de su iPhone	112
Ejemplo 3.17.	Modelo de cláusula general de control de las exportaciones	113
Ejemplo 3.18.	Cláusula de Derecho aplicable y sumisión a fuero utilizada por Adobe.....	114
Ejemplo 3.19.	Modelo de cláusula de terminación del contrato propuesto por Microsoft para su programa Windows 2000.	114
Ejemplo 3.20.	Modelo de cláusula de extinción automática del contrato propuesta por Mozilla para su programa Firefox.....	115
Ejemplo 3.21	Modelo de cláusula adicional propuesta por Mozilla para su programa Firefox.....	116
Ejemplo 4.1.	Cláusula de limitación a una sola copia propuesta por Apple para el software de su iPhone	120
Ejemplo 4.2.	Cláusula en la que se autoriza la utilización de otra copia recogida en el contrato propuesto por Adobe 5	120
Ejemplo 4.3.	Contrato de licencia del programa Microsoft Office 2007	121
Ejemplo 4.4.	Cláusula en la que se agrupan las diferentes limitaciones del derecho de uso de un programa de ordenador perteneciente a un contrato de licencia de uso personalizada	123
Ejemplo 4.5.	Cláusula extraída del programa Adobe, versión 5.....	124
Ejemplo 4.6.	Cláusula extraída de Microsoft Office 2007	125
Ejemplo 4.7.	Cláusula que se aplica únicamente al Derecho de Estados Unidos	126
Ejemplo 4.8.	Limitaciones a la exportación de licencia de uso negociada individualmente.....	126
Ejemplo 4.9.	Cláusula de prohibición de alquiler y préstamo de Apple	127
Ejemplo 4.10.	Cláusula extraída de la licencia de programas de ordenador de Adobe Microsystems	130
Ejemplo 4.11.	Limitación de garantías de Microsoft	131

Ejemplo 4.12.	Cláusula extraída del contrato de licencia de código Binario del programa Java	132
Ejemplo 4.13.	Cláusula de exoneración de daños de Bankinter	135
Ejemplo 4.14.	Cláusula de saneamiento extraída de un contrato de licencia de uso negociado individualmente	136
Ejemplo 4.15.	Cláusula de Derecho aplicable y sumisión a fuero extraída del contrato propuesto por Adobe para su programa Micromedia	138
Ejemplo 4.16.	Cláusula resolutoria extraída de Microsoft	139
Ejemplo 4.17.	Cláusula resolutoria propuesta en formulario redactado originalmente en español de México	139
Ejemplo 4.18.	Cláusula de desistimiento unilateral por parte del usuario propuesta para el programa informático de Bankinter	140
Ejemplo 5.2.	Traducción palabra por palabra del término consequential	174
Ejemplo 5.3.	Propuestas de traducción de intellectual property	175
Ejemplo 5.4.	Propuesta de traducción formulada por el grupo de investigación Uniform Terminology for European Law	186
Ejemplo 6.1.	Modelo de contrato de Joint venture con estructura típica del género contractual español	191
Ejemplo 6.2.	Contrato de licencia de uso del programa informático “CuentaPasos” elaborado en Albacete	193
Ejemplo 6.3.	Contrato de licencia de uso propuesto por Bankinter para su Tarjeta móvil	194
Ejemplo 6.4.	Ejemplos de transferencias fraseológicas y jurídica, como efecto de la traducción, extraído de formulario original en español	196
Ejemplo 6.5.	Modelo de contrato propuesto por Apple para sus clientes comerciantes	200
Ejemplo 6.6.	Contrato de licencia de uso de Sun Microsystems	201
Ejemplo 6.7.	Contrato de licencia de uso de Bankinter	201
Ejemplo 6.8.	Contrato de licencia propuesto por Microsoft (año 2001)	203
Ejemplo 6.9.	Cláusula propuesta por Photowatt en su página web	204
Ejemplo 6.10.	Contrato de licencia de uso de Sun Microsystems	205
Ejemplo 6.11.	Contrato de licencia de uso de Microsoft Windows XP Professional, 2001	214
Ejemplo 6.12.	Cláusula original que recoge el término transplantado “comercialidad”	219
Ejemplo 6.13.	Cláusula de exclusión de responsabilidad adaptada al Derecho español	219
Ejemplo 6.14.	Cláusula adaptada al Derecho español con términos transplantados	220

INTRODUCCIÓN

Los traductores jurídicos tienen la reputación de trabajar de forma casi artesanal y de apoyarse únicamente en su propia pericia profesional. Así, a lo largo de los años, se han mantenido como un reducto de profesionales, altamente especializados, pero bastante reticentes a la utilización de las tecnologías y herramientas informáticas de la traducción. Ello ha contribuido a que los textos originales, traducidos, paralelos y comparables, ampliamente difundidos en otros ámbitos de la traducción especializada, lo hayan sido menos en el ámbito de la traducción jurídica. Pocas son las obras que ofrecen traducciones jurídicas completas y las traducciones profesionales no suelen ser difundidas porque están sometidas a los pactos de confidencialidad que rigen generalmente en el encargo de traducción de este ámbito.

No obstante, desde hace varias décadas, las facultades de traducción han conseguido salvar todos estos escollos e incluir en sus currículos académicos unos programas de especialización que han formado a varias generaciones de traductores preparadas para asumir todo tipo de encargos de traducción y, entre ellos, la traducción de textos jurídicos.

A partir de los hallazgos de la investigación empírica que han permitido describir la adquisición de la competencia traductora (donde destaca el trabajo del grupo PACTE de la UAB), los centros universitarios de traducción han podido dar un empujón cualitativo en la formación de traductores. En especial, a través del enfoque basado en la individualización de los géneros textuales, que permite trabajar la subcompetencia textual (Borja, 2005:17), se consigne acelerar el proceso de aprendizaje de los futuros traductores y se dota al traductor profesional de muy valiosas herramientas para conseguir un texto de llegada lo más natural posible.

La traducción jurídica se encuentra en la actualidad ante un nuevo paradigma. La digitalización de nuestro mundo, y la necesidad de su regulación jurídica, ha acarreado la producción de un amplio volumen de textos jurídicos pensados y escritos en inglés que son de libre acceso. Un volumen muy importante de estos contenidos jurídicos se traduce como parte del proceso de localización de los productos

informáticos y de las páginas web. Por tanto, en volumen de palabras al menos, podemos afirmar que la traducción jurídica ha entrado a formar parte de un proceso industrial, en la línea de lo descrito por Wright (2006).

De este modo constatamos que no sólo es el mercado de la traducción jurídica el que está cambiando, —con el acceso de nuevos traductores—, sino también la forma como se traduce —con la incorporación de los métodos de trabajo del sector de la localización donde prima la utilización de memorias de traducción, bases de datos terminológicas y el acceso a Internet (Jiménez Crespo, 2009:1)— y por último, aunque no por ello menos importante, el propio producto de la traducción. En efecto, como consecuencia de lo anterior, la traducción jurídica se está contagiando con términos y expresiones que si bien, pueden ser calificadas como no adecuadas, se están consolidando por su uso masivo en Internet. Este fenómeno que ya ha sido detectado, entre otros por Tercedor (2010) y Jiménez Crespo (2009:2) corre el peligro de producir unas traducciones del inglés al español justificadas en un “conjunto textual plagado de anglicismos léxicos, sintácticos y estilísticos, traducciones erróneas o inadecuadas” (Jiménez Crespo, 2009:2).

Por otra parte, el propio ámbito jurídico está siendo transformado por el fenómeno de la masificación de las traducciones jurídicas hasta el punto de que, en mayor o menor medida, podemos afirmar que los contratos informáticos son producto de la traducción. En especial, los contratos de licencia de uso de programas informáticos son creación absoluta de la traducción y por ello se pueden considerar como un género contractual híbrido entre la familia del *Common law* y del *Civil law*. Además, hemos detectado que las traducciones de determinados contratos del inglés acaban incorporándose a formularios y modelos de contratos informáticos redactados “originalmente” en español.

Así pues, mediante su uso masivo y su facilidad de disposición a través de los diferentes motores de búsqueda en internet, traducciones de expresiones o cláusulas que antes permanecían en el ámbito *semiprivado* de la relación profesional entre traductores jurídicos y clientes se encuentran ahora al alcance de todos, tanto traductores especializados como no.

En mi experiencia como docente de la traducción jurídica, he podido comprobar las dificultades a las que se enfrentan los estudiantes cuando tienen que discernir y validar la traducción más adecuada entre las diferentes proposiciones que les ofrecen los motores de búsqueda de internet y contrastarlas con la información temática que encuentran en las obras de referencia en español. Por ello, esta obra se ha elaborado con el propósito de estudiar un tipo específico de contrato electrónico, las licencias de uso de programas de ordenador, con el objetivo de ayudar a los traductores que se dedican a la traducción jurídica de forma específica y también, de forma más general, a los traductores que se dedican a la traducción de contenidos para páginas web. Nuestro estudio no quiere limitarse al análisis de la traducción como mero producto sino que también pretende extraer algunas conclusiones sobre el impacto que la traducción puede tener en las nuevas prácticas de redacción de los contratos en español. Las razones que nos han llevado a formular hipótesis acerca de dicho impacto son de naturaleza didáctica y profesional. En calidad de docentes de traducción jurídica hacemos mucho hincapié en la necesidad de realizar una correcta documentación y de justificar las decisiones de traducción con respecto al encargo de traducción. Sin embargo, la facilidad con la que hoy en día podemos acceder a innumerables modelos de contratos colgados en Internet y la apabullante repetición de fórmulas calcadas del inglés que recogen los motores de búsqueda nos dejan con pocos argumentos de peso ante nuestros alumnos. En efecto, si empresas tan conocidas como Microsoft, Adobe, Disney, IBM, etc. publican en sus páginas web traducciones totalmente literales, ésa es la realidad en la que viven nuestros alumnos y por lo tanto la solución válida con lo que la propuesta del profesor, corre el riesgo de ser tomada como un ejercicio académico antediluviano y de poca aplicabilidad práctica. Al propio tiempo, por nuestra condición de juristas, nos interesa llamar la atención de los abogados y jueces sobre estas nuevas formas de redactar y, por qué ocultarlo, dar mayor visibilidad a la tarea del traductor, muchas veces considerado por los juristas como un mero “descodificador” de signos lingüísticos sin repercusión jurídica alguna.

Con el fin de contextualizar la realidad jurídica que supone la figura contractual de las licencias de uso, en el primer capítulo realizamos una introducción de la noción de contrato desde una perspecti-

va comparada. El estudio comparado del contrato es el paso previo indispensable para desarrollar las características funcionales de las diferentes instituciones y establecer las posibles equivalencias terminológicas que podemos encontrar entre los contratos de la familia del *Common law* y de la familia romano-germánica. El capítulo dos está dedicado a los contratos que versan sobre programas de ordenador y es en los capítulos tres y cuatro donde realizamos un estudio pormenorizado de su clausulado más común tanto en inglés como en español. Los dos últimos capítulos se centran en la traducción jurídica, tanto desde una perspectiva teórica, donde reflexionamos sobre el marco traductológico que mejor permite realizar el análisis de este tipo de traducciones, como desde un punto de vista práctico con la identificación de aquellas estructuras sintácticas y términos jurídicos que se ajustan a los métodos de traducción que se pueden determinar para cada uno de los textos.

El origen de esta obra está en el trabajo de investigación realizado para la elaboración de la tesis doctoral de la autora. Las propuestas que se realizan y el análisis que se plantea tiene un enfoque funcionalista y muchas de las estrategias de traducción que se proponen pueden ser extrapoladas y aplicadas a otros contratos².

² Esta obra cuenta además con la financiación del Ministerio de Ciencia y Innovación, (FF12010-22019).

Capítulo 1

INTRODUCCIÓN A LA FIGURA DEL CONTRATO DESDE UNA PERSPECTIVA COMPARADA

El fenómeno de la contratación en masa se ha disparado desde la aparición del comercio electrónico. Los bienes y servicios circulan con mayor fluidez gracias a las operaciones ejecutadas con las plataformas creadas a través de Internet, permitiendo que las barreras transfronterizas se reduzcan a la mínima expresión y que la contratación se materialice de forma rápida y eficaz. Al igual que el planeta nunca duerme, las operaciones contractuales a través de Internet se producen con total solución de continuidad durante las veinticuatro horas del día. Los usuarios de Internet licencian películas, música o programas informáticos; también compran libros, objetos raros, artículos de segunda mano o material electrónico; lo hacen desde los ordenadores que tienen en sus oficinas, en sus casas o en locutorios públicos y todo ello tanto desde lugares remotos como desde el corazón populoso de la ciudad más moderna. Las grandes empresas y los empresarios o profesionales más modestos no dejan escapar esta oportunidad y utilizan estos canales de venta para aumentar su cifra de negocios. Los productos materiales —bienes corporales, en terminología jurídica tradicional— que se ponen a disposición de los clientes, deben cumplir con un mínimo de formalidades administrativas añadidas (en su caso, pago de impuestos, tasas de aduanas o gastos de transporte) y, además, el comprador debe vencer sus reticencias y desconfianza natural al tratar con un vendedor en la distancia, y confiar en que el producto se ajustará a las especificaciones publicitadas por el vendedor. En cambio, cuando los productos son intangibles —bienes no corporales, en terminología jurídica tradicional— o lo que se ofrece son servicios de muy bajo precio unitario, la operación se realiza de forma masiva, por lo que al final ni el cliente o receptor ni el proveedor o fabricante le otorgan mucha importancia al contrato en sí. La eficacia de este tipo de contratos, al menos en términos económicos y jurídicos, resulta innegable. Desde un punto de vista económico no

hay duda del gran volumen de negocio que se mueve exclusivamente a través de Internet y, por lo que respecta al ámbito jurídico, la evidencia de la eficacia de este tipo de contratos la encontramos en la baja incidencia de procedimientos contenciosos.

Aun tratándose de una actividad económica que mueve sumas in calculables de dinero parece que los operadores jurídicos no le han dedicado demasiada atención. Son todavía escasas las obras dedicadas al estudio en profundidad de estos nuevos contratos y, como veremos más adelante, la mayoría de los contratos que se ponen a disposición de los usuarios son traducciones del inglés en modo alguno adaptadas al ordenamiento jurídico español.

Tradicionalmente los contratos han sido interpretados de forma diferente en los países romano-germánicos y los países de tradición anglosajona, ello ha llevado incluso a que muchos comparatistas y traductólogos pongan en tela de juicio la conveniencia de traducir el término *contract* por “contrato”, *contrat* o *verlag*. Por parte de los estudios comparatistas citaremos a Ferreri, S. (2001:32): “*Il est vrai que certains des actes que les juristes des pays codifiés qualifient comme des contrats ne sont pas reconnus comme tels aux yeux de leurs collègues de Common law (...)* Mais en fin, si, quant à ses limites, la notion du contrat peut ne pas être définie de façon identique ‘as to its core, the meaning of the term is the same everywhere’”. En el mismo sentido Onufrio (2007:4) afirma “*The terms ‘contratto’, ‘contract’, ‘contrat’, ‘vertag’ and ‘dogovori’ are not interchangeable*” y Sacco (2002:10) confirma “il concetto di *contrat* non corrisponde dunque al concetto di *contract*”. En la actualidad estamos ante una evolución de la figura del contrato. Las propuestas de reformas codificadoras impulsadas en los diferentes países (Alemania, Francia, España), así como los diferentes grupos formados por académicos en pro de la armonización o uniformización del Derecho contractual están contribuyendo a positivizar prácticas que los operadores económicos y jurídicos ya hace tiempo que llevan incluyendo en sus propios contratos. La asociación Henri Capitant en su análisis del *Acquis Communautaire* y del *Acquis International* (los acervos comunitarios e internacionales) llega a una definición restrictiva del contrato válida para todos los sistemas jurídicos: *the contract is considered as a meeting of will intended to produce legal effects*. Elementos constitutivos de los contratos como la “causa” y la *consideration* van perdiendo peso en la realidad y se

desdibujan en los estudios doctrinales. Además el principio de libertad contractual se ve ampliamente restringido cuando se refiere a la contratación con consumidores. No obstante, es en esta última sede, es decir, en los contratos suscritos con consumidores, donde las traducciones producen más elementos distorsionadores en cuanto a la interpretación de los contratos. En efecto, las empresas ansiosas por ampliar sus mercados elaboran contratos en inglés y los traducen a los idiomas de sus mercados locales; pero estas traducciones no parecen obedecer a un propósito comunicativo claro y muchas veces, por exceso de literalidad, caen en la incomprensibilidad. La traducción jurídica ha recorrido un largo camino, sobre todo en las tres últimas décadas, para alejarse de la literalidad como principio; sin embargo las traducciones que hemos observado en la contratación electrónica en masa parecen desandar lo avanzado.

Los contratos electrónicos suscritos con consumidores se enmarcan en un ámbito en el que la libertad contractual está más restringida. En este caso la traducción es el único documento que llega al cliente y se convierte, por tanto, en el documento original de la obligación, aquel que deberá ser interpretado por los tribunales en caso de conflicto. El texto meta no tiene un mero valor informativo sino que se convierte en el instrumento de comunicación entre personas o entidades de diferentes culturas jurídicas. Es importante asimismo profundizar en el efecto que el encargo de traducción tiene sobre las decisiones de traducción que se adoptan en el texto meta.

En efecto, las traducciones que examinamos en esta obra no sirven únicamente como instrumento de comunicación, sino que además están favoreciendo de forma masiva la introducción de trasplantes jurídicos procedentes de la esfera del Derecho anglosajón. Por otra parte, hasta la fecha se han llevado a cabo muy pocos trabajos sobre la traducción de los contratos desde una perspectiva pragmática, mientras que sí existen sobre la traducción de las leyes (Dullion, 2007; Terral, 2002) o los documentos judiciales (Soriano, 2004).

La mayoría de los contratos informáticos han sido desarrollados en Estados Unidos y por ello nuestro análisis del Derecho español destacará los aspectos donde mejor se evidencia esta influencia. Sin embargo nuestro análisis no se puede limitar a un estudio tan acotado. La estructura de estos contratos obedece a criterios bien estipulados

por la disciplina de los contratos anglosajones, criterios muchos de ellos completamente asimétricos respecto a los que rigen el Derecho de los contratos español, propio de la familia romano-germánica, es decir que un estudio de la traducción de los contratos debe ir precedido por un enfoque de Derecho comparado de esta materia. La búsqueda de los términos equivalentes en cada caso se alimenta de las mismas fuentes que el Derecho comparado y, en este sentido, el Derecho comparado se convierte en la herramienta más adecuada para la traducción jurídica.

Consideramos que el enfoque pragmático del contrato quedaría incompleto si no se realizara un estudio conceptual de la figura jurídica. En efecto, a pesar de su aparente uniformidad, el contrato tiene un contenido nocional distinto según el sistema jurídico en el que se analice e, inclusive dentro del mismo país, la doctrina ha contribuido a que el concepto de contrato evolucione. Así, en este capítulo analizaremos los rasgos del contrato concentrándonos en las dos familias jurídicas a las que pertenecen los contratos que son objeto de este estudio, analizaremos los diferentes conceptos que se engloban en esta institución jurídica.

1. LAS FAMILIAS DEL CIVIL LAW Y EL COMMON LAW

El Derecho español y el Derecho estadounidense a dos familias de Derecho diferentes: la familia romano-germánica (también llamada del *Civil law* o de Derecho continental) y la familia del *Common law* o de Derecho común anglosajón (también denominada de Derecho anglosajón o Derecho angloamericano). El principal rasgo diferenciador que distingue a ambas familias se encuentra en las fuentes de producción del Derecho ya que, mientras la primera tiene la ley como fuente primordial de creación, la segunda configura su Derecho fundamentalmente a través de la jurisprudencia. Esta diferencia, fruto de la particular experiencia histórica de ambas familias, ha configurado una forma de enfocar el Derecho radicalmente distinta. Mientras que el Derecho español “recibió” el Derecho romano y, al tomar como modelo los códigos napoleónicos, se sumó al proceso de codificación que imperaba en Europa, creando un cuerpo de Derecho ordenado que pretende responder a unas reglas coherentes, el Derecho anglosa-

jón siempre desconfió de la ley como fuente suprema de creación del derecho y consideró que la flexibilidad del razonamiento pragmático y empírico le permitía llegar a soluciones más rápidas y concretas. En efecto, los juristas anglosajones proyectan sobre el Derecho una metodología empírica que va de lo particular a lo general, los juristas continentales proceden de forma completamente inversa, es decir, por deducción aplican la norma general al caso concreto.

A efectos de presentar las principales diferencias existentes entre ambas familias de Derecho reproducimos adaptado el cuadro sinóptico elaborado por Probst (2005: 219):

Cuadro 1.1. Cuadro sinóptico de las familias del *Civil law* y *Common law*.

<i>Civil law</i>	<i>Common law</i>
<ul style="list-style-type: none"> • Derecho académico, racional y teórico dirigido por la dogmática 	<ul style="list-style-type: none"> • Derecho pragmático y empírico dirigido por el procedimiento judicial
<ul style="list-style-type: none"> • Derecho marcado por la actividad y la forma de pensar de los teóricos (lo que se llama la doctrina, los profesores de universidad) 	<ul style="list-style-type: none"> • Derecho marcado por la actividad y la forma de argumentar de quienes ejercen el Derecho (abogados, jueces)
<ul style="list-style-type: none"> • Derecho recogido en leyes escritas y tratados científicos 	<ul style="list-style-type: none"> • Derecho recogido en las sentencias
<ul style="list-style-type: none"> • Metodología jurídica que se basa en la ley escrita y que practica la deducción a partir de silogismos 	<ul style="list-style-type: none"> • Metodología jurídica centrada en la jurisprudencia y que aplica la inducción a partir de los precedentes (<i>precedents</i>) jurisprudenciales.
<ul style="list-style-type: none"> • Tendencia a la conceptualización y a la sistematización 	<ul style="list-style-type: none"> • Tendencia a proceder <i>solvitur ambulando</i>

Cuando el jurista perteneciente a la familia del *Common law* se asoma al Derecho español, el mediador (en nuestro caso el traductor o intérprete) debe destacar las diferencias culturales que se deriven de las distinciones arriba enumeradas. Las consecuencias de estos diferentes enfoques se ven plasmadas en aspectos muy pragmáticos en los que el traductor o intérprete se puede ver envuelto. Así, por ejemplo, la ausencia de codificación en el *Common law* se ve plasmada en las obras de consulta de primera mano que utilizan los abogados.

El cliente español se sentirá reconfortado cuando ante una pregunta concreta sobre un aspecto legal su abogado consulte el código civil o la legislación laboral básica, si son los textos que resultan de aplicación. Ante el mismo tipo de consulta, el jurista estadounidense acudirá, en un primer momento, a *Black's Law Dictionary*, herramienta que en este entorno sería equiparable a los venerados códigos del sistema romano-germánico.

Por otro lado, el contraste entre lo que Nicholas (1989:8) denomina *book-law* y *case law* se ve también reflejado en la diferente percepción de la función creativa del Derecho. En efecto, en el Derecho español las fuentes formales de creación del Derecho son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho, sin embargo la función creadora se puede atribuir por vía indirecta a la doctrina. En el Derecho español la obra de los estudiosos del Derecho, principalmente pertenecientes al mundo académico, tiene un peso específico muy importante sin parangón en el mundo anglosajón. Como destaca Nicholas, si una universidad de Inglaterra necesita consejo legal sobre una cuestión práctica no pedirá su opinión a los miembros de su Facultad, sino que acudirá con total probabilidad a un abogado; puesto que el Derecho anglosajón es en gran medida la predicción de lo que los tribunales acabarán decidiendo, el mejor experto en Derecho es el abogado. No estamos seguros, sin embargo, de que éste fuera el proceder natural en el mundo jurídico español. En la comparación entre el Derecho inglés y el francés, el mismo Nicholas afirma que “*the function of the doctrinal writer in France is exercised by counsel in England*”, siendo los tribunales ingleses los que cumplen con la función doctrinal a través de sus ampliamente argumentadas sentencias.

Sin embargo, los rasgos que separan a ambas familias (recogidos en el cuadro 1.1) se han visto suavizados y relativizados por la evolución que ha experimentado en España el Derecho privado, con una ingente elaboración de leyes especiales, así como por la importancia creciente del papel desempeñado por la jurisprudencia. Por su parte, en el ámbito del Derecho anglosajón, también se ha producido una importante evolución, hasta el punto de que la ley ha llegado a constituirse como primera fuente de Derecho de numerosos ámbitos. Resulta asimismo imposible no destacar la importancia que tienen en EE. UU. todas las Leyes uniformes elaboradas por la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, los *Restatement*, es-