

# Las licencias de software (II)

Malcolm Bain  
Manuel Gallego  
Manuel Martínez Ribas  
Judit Rius

P08/M2114/00346



Universitat Oberta  
de Catalunya

[www.uoc.edu](http://www.uoc.edu)



# Índice

<b>Introducción.....</b>	<b>5</b>
<b>Objetivos.....</b>	<b>6</b>
<b>1. Consideraciones generales sobre derechos, prohibiciones y limitaciones en las licencias de software.....</b>	<b>7</b>
<b>2. Derechos, prohibiciones y limitaciones en las licencias de software propietario.....</b>	<b>9</b>
2.1. Derecho de "uso" del software .....	9
2.2. Derecho (prohibición) de copia. La copia de seguridad .....	12
2.3. Derecho (prohibición) de modificación .....	12
2.4. Derecho (prohibición) de distribución .....	15
2.5. Referencia al derecho de "puesta a disposición interactiva" como modalidad del derecho de comunicación pública .....	16
<b>3. Derechos y libertades en las licencias de software libre.....</b>	<b>17</b>
3.1. Libertades de uso y de copia .....	18
3.2. Libertad de modificación y código fuente .....	19
3.3. Libertades de distribución y comunicación pública .....	21
<b>4. Garantías y responsabilidades.....</b>	<b>24</b>
4.1. Consideraciones generales .....	24
4.2. Distinción entre garantías y responsabilidades .....	25
4.3. Limitaciones y exclusiones de garantías y responsabilidades en las licencias de software .....	29
4.4. Especial referencia a las exclusiones de garantías y responsabilidades en las licencias de software libre .....	32
<b>5. Pactos sobre jurisdicción competente y derecho aplicable.....</b>	<b>36</b>
<b>6. Contratos accesorios a la licencia de software.....</b>	<b>38</b>
6.1. Contrato de mantenimiento .....	38
6.2. Contrato de consultoría y formación .....	40
<b>7. Conclusiones.....</b>	<b>41</b>



## Introducción

En esta unidad abordaremos el estudio del contenido esencial de las licencias de software: los derechos que el proveedor concede al usuario sobre el software, así como las limitaciones y prohibiciones que el usuario debe respetar.

El esquema de derechos y limitaciones que se estipulan en las licencias varía completamente según si se trata de una licencia de software propietario o de software libre. Las licencias de software propietario se basan en conceder al usuario un derecho restringido al uso y copia del software, así como en prohibirle su modificación y distribución, derechos que el proveedor se reserva en exclusiva. En cambio, las licencias de software libre se basan en asegurar a los usuarios libertades de uso, modificación y distribución sobre el software.

Asimismo, analizaremos otro punto importante en las licencias de software: las garantías y responsabilidades del proveedor sobre el software. Nos centraremos en determinar la validez o no de las limitaciones de responsabilidad que el proveedor suele imponer en sus licencias, en particular las cláusulas de ausencia de garantías (*disclaimers*) en las licencias de software libre.

Dada la importancia de la dimensión internacional del fenómeno del software libre, trataremos también la cuestión de la jurisdicción competente y del derecho aplicable en las licencias de uso de software: posibilidad y límites que tienen las partes de la licencia de acordar los Tribunales que resolverán sus posibles litigios y el Derecho que regirá la licencia.

Por último, también conoceremos algunos contratos accesorios a las licencias de uso que, como el de mantenimiento, pueden ser de mucha importancia para el uso y explotación de determinado software.

## Objetivos

Con el estudio de este módulo didáctico, los estudiantes alcanzarán los objetivos siguientes:

1. Obtener una visión general de las distintas motivaciones existentes en las licencias de software propietario y en las licencias de software libre, que condicionan el diferente esquema de derechos que se atribuyen al usuario-licenciatario, así como las restricciones y prohibiciones que éste debe respetar.
2. Conocer los derechos, restricciones y prohibiciones habituales en una licencia de software propietario.
3. Analizar las libertades que se conceden a los usuarios-licenciatarios en las licencias de software libre (libertades de uso, reproducción, modificación y distribución), así como las limitaciones y requisitos que deben cumplir los usuarios de software libre.
4. Analizar las garantías que el proveedor-licenciante ha de prestar sobre el software, en particular, la continuidad de su buen funcionamiento. Asimismo, se explicarán las limitaciones habituales a dichas garantías, en particular las cláusulas de exoneración de responsabilidad en el software libre y su validez legal.
5. Conocer la responsabilidad del proveedor del software, así como las posibles exoneraciones y limitaciones usuales de responsabilidad. Valorar la legalidad de dichas exoneraciones y limitaciones.
6. Conocer las cláusulas de ausencia de garantía y limitación de responsabilidad en las licencias de software libre, y analizar su legalidad conforme a la legislación española.
7. Recibir una aproximación a la cuestión de las cláusulas de elección del Derecho aplicable a la licencia y de la jurisdicción competente para resolver un litigio entre las partes.
8. Saber de ciertos contratos accesorios de las licencias de software, y su importancia especial en determinados modelos de comercialización de software (tanto propietario como libre), como el contrato de mantenimiento.

## 1. Consideraciones generales sobre derechos, prohibiciones y limitaciones en las licencias de software

En los módulos anteriores hemos visto que la **legislación sobre propiedad intelectual** (en España la Ley de Propiedad Intelectual-LPI), concede al autor del software o al titular derivado de sus derechos de explotación una serie de importantes derechos en exclusiva: derecho a reproducir, modificar y distribuir el software. Él es quien decide a quién, cuándo y cómo autoriza a utilizarlo.

Por otra parte, sabemos que la licencia de software es el **instrumento legal, el contrato**, por medio del cual el proveedor del software **permite su utilización** a terceros, los usuarios. La licencia de uso tiene, por tanto, un **contenido esencial**:

- Establece los **derechos** que el proveedor concede sobre el software al usuario: Qué es lo que el usuario va a poder hacer con el software.
- Asimismo, impone unas **prohibiciones y limitaciones** a los derechos del usuario, que éste debe respetar. Qué es lo que el usuario no va a poder hacer con el software.

En este sentido, además de los derechos exclusivos que la LPI contempla a favor del titular del software, el último párrafo del artículo 99, establece lo siguiente:

"Cuando se produzca cesión del derecho de uso de un programa de ordenador se entenderá, salvo prueba en contrario, que dicha cesión tiene carácter **no exclusivo e intransferible**, presumiéndose, asimismo, que lo es para **satisfacer únicamente las necesidades del usuario**".

Por tanto, la propia legislación da por supuesto que las licencias de uso de software se conceden al usuario, si no dicen lo contrario, con carácter:

- 1) **No exclusivo**. Es decir, no conceden el derecho de usar el software a sólo un usuario, sino a una multitud de usuarios. Si las concedieran con exclusividad, únicamente un usuario podría utilizar el software. Los proveedores persiguen justamente lo contrario, maximizar la divulgación de su software.
- 2) **Intransferible**. El usuario no puede transmitir su licencia a terceros, lo que lleva aparejada la prohibición de vender, alquilar, conceder sub-licencias o regalar su copia salvo que cuente con la autorización expresa del proveedor.

- 3) **Únicamente para satisfacer las necesidades del usuario.** Sin autorización expresa, el usuario sólo puede emplear el software para su estricto uso personal, y no para prestar servicios a terceros.

En los próximos apartados, comentaremos las diferencias generales entre licencias no-libres y libres, y los derechos que la ley ofrece a los usuarios legítimos de un software.



## 2. Derechos, prohibiciones y limitaciones en las licencias de software propietario

Ya sabemos que las licencias de software propietario suelen conceder al usuario pocos derechos sobre el software. En realidad, el proveedor se limita a proporcionar al usuario una copia del software en archivos ejecutables (código objeto), junto con el derecho a **usar** el software, derecho que suele estar sujeto a múltiples **restricciones**.

Asimismo, prácticamente la totalidad de licencias de software propietario **prohíben** al usuario la modificación o cualquier forma de distribución del software. Como mucho, le conceden estos derechos para casos excepcionales y puntuales.

Sin embargo, como ya hemos visto en el módulo 2, la legislación sobre Propiedad Intelectual contiene algunas excepciones a los derechos exclusivos del proveedor: éste no podrá imponer determinadas prohibiciones o restricciones de uso al usuario "legítimo", es decir, a quien haya suscrito válidamente una licencia sobre el software.

No obstante, algunas de dichas excepciones pueden no aplicarse, si así lo acuerdan las partes, a una licencia. Esto significa que, en la práctica, el proveedor del software (que, recordemos, impone las cláusulas de la licencia al usuario como condiciones generales) suele incluir en la licencia todas aquellas limitaciones y prohibiciones que satisfagan sus intereses, incluidas aquellas que la Ley exige que consten expresamente en el texto de la licencia.

### 2.1. Derecho de "uso" del software

Tal y como es obvio por la propia denominación de *licencias de uso*, el **derecho a utilizar el software** es la facultad característica y principal que el proveedor concede al usuario. En las licencias de software propietario, el derecho de uso es prácticamente el único que adquiere el usuario.

#### Contenido del derecho de uso

Quien adquiere una licencia de software, pasa a ser "**usuario legítimo**" del software. Como titular del derecho de uso, puede emplear el software para beneficiarse de sus aplicaciones y realizar la función u obtener el resultado que dicho software le permite.

Entendemos que este derecho de uso se compone principalmente de las siguientes acciones:

- a) **Instalación** del software en un equipo hardware.
- b) **Almacenamiento** de los archivos necesarios en el módulo de memoria del elemento hardware. Esto conlleva un derecho inherente y necesario a copiar el software en el elemento hardware.
- c) **Carga y ejecución** del software en cada momento que decida el usuario, para beneficiarse de sus utilidades o aplicaciones.

Como hemos visto en el módulo 2, la LPI contiene algunas **excepciones** a los derechos exclusivos del titular sobre el software, una protección mínima para el usuario: si el titular concede licencias sobre el software, no puede imponer determinadas prohibiciones o restricciones a los que hayan adquirido dicha licencia, los usuarios legítimos. Con ello se pretende evitar que el derecho de uso pueda desnaturalizarse del todo en una licencia hasta carecer de un contenido mínimo para el usuario.

Recordemos brevemente las limitaciones establecidas en el módulo 2:

- a) El usuario legítimo no necesita autorización del proveedor para **reproducir** el software, esto es, cargarlo, ejecutarlo, transmitirlo y almacenarlo, **cuando sea necesario para su utilización**, con arreglo a su finalidad propuesta (art. 100.1 LPI).
- b) Además, mientras ejecuta el programa, el usuario legítimo está facultado para **observar, estudiar o verificar su funcionamiento**, con el fin de determinar las ideas y principios implícitos en cualquier elemento del programa (art. 100.3 LPI).
- c) El usuario legítimo tiene el derecho a descompilar el programa únicamente para los fines de interoperabilidad sujeto a varias condiciones.

### Restricciones al derecho de uso

Más allá de las excepciones a las restricciones, que configuran un contenido mínimo del derecho de uso, lo cierto es que las licencias de software propietario incluyen efectivamente múltiples **restricciones y limitaciones** al uso. Con éstas se pretende, casi siempre, la comercialización de un mayor número de copias del software, para obtener el mayor rendimiento económico posible.

Entre las restricciones y limitaciones más comunes podemos destacar las siguientes:

- a) **Uso personal.** Sabemos que la propia LPI presupone que una licencia de uso de software se concede únicamente para satisfacer las necesidades del usuario. Los proveedores de software propietario suelen, efectivamente, reafirmar en las licencias que éstas se conceden para "**uso personal**". Ello supone una restricción del derecho de uso, pues impide al usuario que emplee el software para prestar servicios a terceros. Además, algunas licencias de software propietario utilizan la fórmula "uso personal", "licencia personal" o "edición personal" para restringir, incluso, la utilización del software por cualquier persona distinta de la que ha adquirido la licencia. Si bien esto puede parecer comprensible dentro de la lógica del software propietario, también puede parecer excesivo y abusivo cuando se trata de impedir el uso del software por una persona allegada al usuario, desde el mismo equipo hardware donde lo tiene instalado el usuario-licenciatario.
- b) **Uso en un solo equipo hardware.** Es muy habitual que el proveedor del software conceda la licencia para que el usuario ejecute el software en un único equipo. Esta restricción obliga al usuario a adquirir una licencia de software para cada equipo hardware donde pretenda utilizarlo. Con ello se pretende, sobre todo, evitar el uso simultáneo de una única copia del software en diferentes equipos, como puede ocurrir en la red local de una empresa. De este modo, se fuerza al usuario a adquirir una licencia por cada equipo desde el cual ejecute el software.
- c) **Uso en un tipo de ordenador determinado.** En ocasiones, la licencia se concede para un determinado tipo de ordenador (PC, servidor, *mainframe*) o una configuración determinada (número de CPU, *sockets*, etc.). Si el usuario decide posteriormente utilizar el software en otro tipo de ordenador (por ejemplo, de mayor potencia), deberá adquirir una nueva licencia.
- d) **Uso privado o comercial (profesional).** Puede ocurrir también que una licencia se conceda sólo para un uso profesional (es decir, para el uso de un empresario o profesional en su actividad económica) o para un uso privado (doméstico, el propio de los consumidores, otorgando derechos diferenciados para uno y otros).
- e) **Uso limitado a ciertos grupos sociales o sectores de actividad.** Similar a la restricción anterior, en algunos casos la licencia exige que el usuario pertenezca (o que no pertenezca) a un determinado colectivo, bien para poder emplear el software, bien para concederle derechos distintos de los que se conceden a otros colectivos. Entre estos "colectivos" podemos destacar las administraciones públicas, las instituciones educativas, las organizaciones sin ánimo de lucro, los usos militares, etc.

### Ejemplo

Llevar la restricción de "uso personal" hasta su extremo, supone que, por ejemplo, si un usuario consumidor instala un software en un ordenador de su casa, ningún otro miembro de su familia podrá utilizarlo. Asimismo, en el caso de que el usuario sea una empresa, tal restricción no sólo la obliga a instalar el software en un único ordenador, sino también a designar a un empleado por copia de software, como el único autorizado para usarlo.

En cualquier caso, al proveedor le es muy difícil controlar el cumplimiento de esta restricción por el usuario.

## 2.2. Derecho (prohibición) de copia. La copia de seguridad

Los proveedores de software propietario, como titulares exclusivos del derecho de reproducción interesados en comercializar el mayor número de copias posible de su software, acostumbran prohibir al usuario que haga copias del software.

Hemos visto que, a diferencia de las obras literarias o artísticas, la LPI no permite al usuario-licenciatarario de un software realizar una copia privada del mismo, incluso cuando pretenda destinarla sólo a su uso particular, sin intención de distribuirla. Así pues, si el proveedor prohíbe al usuario realizar copias del software, la LPI tampoco le concede tal derecho, salvo en las excepciones que estudiaremos a continuación.

Por tanto, es el proveedor quien decide cuántas copias del software puede tener el usuario, que normalmente se reducen a una sola: la que proporciona el propio proveedor.

No obstante, recordemos que la LPI prevé dos **excepciones** al derecho del proveedor del software a prohibir al usuario la confección de copias: la reproducción para su uso (art.100.1LPI) y la copia de seguridad (art. 100.2 LPI) (ver módulo 2).

## 2.3. Derecho (prohibición) de modificación

Los proveedores de software propietario, en tanto que titulares exclusivos del **derecho de transformación**, acostumbran a **prohibir al usuario realizar modificaciones** al software.

Por tanto, al usuario-licenciatarario de software propietario le suele estar vedado **traducir, adaptar o arreglar** dicho software.

### Derecho (prohibición) de modificación y código fuente

Para realizar modificaciones al software, el usuario no sólo necesita contar con la autorización del proveedor del software, sino que éste, además le ha de proporcionar un medio técnico imprescindible: una copia del "**código fuente**".

El proveedor del software propietario, como medio para asegurarse de que el usuario cumple con la prohibición de no modificarlo, se limita a entregar la copia del software en versión en "**código objeto**", es decir, la que permite ejecutarlo. Pero no proporciona al usuario la versión en "**código fuente**", que permitiría modificarlo, y que trata de preservar en secreto.

Sin embargo, el proveedor no tiene la obligación legal de proporcionar al usuario la versión del programa en código fuente. Es más, salvo pacto contrario en la licencia, el proveedor tiene el derecho a no revelar el código fuente a los usuarios y a mantenerlo confidencial como "secreto industrial".

### **Consecuencias**

Con ello, el proveedor impide que otros puedan plagiar el programa y crear uno derivado con prestaciones idénticas o mejoradas, para comercializarlo en el mercado aprovechándose del trabajo desarrollado por él; o que otros empeoren el software y perjudiquen su reputación. Por otra parte, el proveedor también se reserva así la exclusividad para prestar servicios de actualización o mantenimiento sobre su software.

### **Limitaciones a la prohibición de modificar el software**

Como se ha visto en el módulo 2, a la cual nos remitimos, la LPI (art. 100) contiene unas excepciones muy limitadas, casos en los que el proveedor del software no puede prohibir al usuario realizar modificaciones sobre el mismo. Sin embargo, además de tratarse de supuestos excepcionales, en la práctica el usuario tiene muy difícil beneficiarse de tales excepciones (y del consiguiente derecho a modificar el software) en tanto no disponga del código fuente del programa: ("salvo disposición contractual en contrario") la transformación del programa, incluida la corrección de errores, cuando sea necesaria para su utilización con arreglo a su finalidad propuesta (art.100.1 LPI) y descompilación para la interoperabilidad (art. 100.5).

### **Licencias de software propietario con derecho de modificación (limitado)**

Podemos destacar dos tipos de licencias "propietarias" que, de algún modo, **sí permiten un acceso limitado del usuario al código fuente y, por ende, prevén un derecho limitado a modificar el programa:**

- a) **Licencias de software propietario adaptables a las necesidades del usuario:** ya que hay ciertas licencias de software propietario (software complejo, destinado a usos empresariales o profesionales) que, aun siendo estándar, permite que se le realicen ciertas adaptaciones ("extensiones" o "parametrizaciones") para adecuarlo a necesidades particulares del usuario.

En estas licencias, puede preverse que dichas adaptaciones las realice tanto el proveedor (licencias "llave en mano") como directamente el propio usuario.

- b) Por otra parte, existen las **licencias de uso "semilibres" o "pseudolibres"**, que en realidad, se sitúan en un estadio intermedio entre las licencias "propietarias" y las licencias "libres". Corresponden a iniciativas procedentes de grandes compañías desarrolladoras de software propietario, tales como por ejemplo Microsoft o Sun. Así, tenemos la Microsoft Shared Source Initiative, la antigua Sun Community Source, la Apple 1.x o la Aladdin Free Public License.

Cuando el proveedor permite al usuario que realice tales adaptaciones, éste pasa a tener –siquiera de forma limitada– un derecho de transformación sobre el software. Y si el usuario puede realizar "parametrizaciones", también se prevé una posibilidad limitada de acceso al código fuente.

#### **Derechos sobre adaptaciones**

En caso de contemplarse estos derechos a favor del usuario, la licencia de uso regulará asimismo a quién pertenecen los derechos de autor sobre esas "extensiones" o "parametrizaciones": normalmente, se preverá que tales derechos de autor correspondan al usuario, pero el proveedor-licenciante se reservará ciertas prerrogativas.

Así, si corresponden al usuario los derechos de autor sobre las adaptaciones del software que desarrolle, se preverá una "licencia automática" a favor del proveedor sobre las mismas; o bien, el compromiso del usuario de no distribuirlas a terceros sin contar con el beneplácito del proveedor (autorización a la distribución, o derecho preferente del proveedor a adquirir una licencia sobre las adaptaciones).

En el módulo siguiente analizaremos estas iniciativas y licencias "pseudolibres". En este Apartado basta señalar que estas licencias permiten a los usuarios tener un acceso limitado al código fuente, y efectuar así modificaciones en el software.

Sin embargo, en ningún caso consisten en licencias de software libre, por cuanto:

- Suelen establecer discriminaciones según los usos a que se destine el software: por ejemplo, se permite la modificación para usos no comerciales y se prohíbe para usos comerciales.
- Limitan o excluyen la posibilidad de distribuir las modificaciones: por ejemplo, se contempla una licencia exclusiva y automática a favor del proveedor-licenciante inicial sobre las modificaciones desarrolladas por el usuario.

## 2.4. Derecho (prohibición) de distribución

Los proveedores de software propietario suelen prohibir al usuario ceder, (temporal o definitivamente) a terceros su derecho de uso ni la copia del software licenciado, no permitiendo su redistribución bajo ningún título: el usuario no puede **ni vender, ni regalar, ni alquilar, ni prestar** la copia del software a otra persona.

Ello por cuanto, entre los derechos de explotación exclusivos, tienen el de realizar o autorizar "**cualquier forma de distribución pública** incluido el alquiler del programa de ordenador original o de sus copias".

También analizamos ya que el titular de un software propietario está interesado en retener en exclusiva el derecho de distribución sobre el mismo, para obtener el mayor beneficio económico de su comercialización, basando el modelo de negocio en la distribución de copias.

### Agotamiento

Recordemos que el derecho exclusivo de distribución "se agota" con "la primera venta en la Unión Europea de una copia por el titular de los derechos o con su consentimiento". Ante esta posibilidad de agotarse el derecho de distribución, el proveedor del software bien se cuida de dejar claro que no "vende" ninguna copia de software al usuario. Si así fuera, ello agotaría su derecho exclusivo de distribución, y entonces el usuario podría distribuir libremente su copia (si bien no podría realizar copias sucesivas para distribuir-las), al menos en la Unión Europea.

No obstante lo anterior, existen supuestos de software propietario en que sí que se permite la copia y la redistribución, como es el caso del software gratuito (*freeware*), el software compartido (*shareware*) o el software de evaluación: esto se debe a que el proveedor no pretende tanto obtener un beneficio económico directo de la copia que proporciona al usuario sino promocionar la versión completa del software u obtener licencias definitivas de pago. No obstante, este software sigue siendo propietario porque, entre otras razones, no se permite su modificación ni se facilita su código fuente.

Por otra parte, en los supuestos de software estrechamente vinculado con el funcionamiento de un dispositivo *hardware* (sistema operativo, controladores o *drivers*, etc.), los proveedores de software pueden permitir una redistribución limitada del software vinculada necesariamente a una transmisión del *hardware*.

### Ejemplo de redistribución limitada del software

De conformidad con lo comentado, Microsoft permite al usuario, en sus licencias para Windows® o programas de entorno Office, una única "transferencia" del software. El usuario podrá transmitir todos sus derechos sobre el software, de manera permanente, como parte de la venta o transferencia definitiva del equipo *hardware*. El usuario no podrá quedarse con ninguna copia del software, y el tercero (el comprador del equipo) deberá aceptar los términos y condiciones de la licencia.

## 2.5. Referencia al derecho de "puesta a disposición interactiva" como modalidad del derecho de comunicación pública

Tal como se ha expuesto en el módulo 2, las últimas reformas en la normativa internacional y europea han acotado el tradicional derecho de "distribución" a la puesta a disposición del público de obras –sujetas a derechos de autor– mediante "soportes tangibles" (por ejemplo, CD-ROM, DVD, etc.).

La puesta a disposición del público de obras como el software de forma intangible a Internet, pasa a incluirse dentro del derecho exclusivo de "comunicación pública": la puesta a disposición del público por procedimientos "alámbricos o inalámbricos" (principalmente Internet) que permiten a cualquier usuario potencial acceder a la obra cuando y desde donde elija.

Así pues, muchas licencias de software propietario ya prevén la prohibición a los usuarios no sólo de "distribuir" el software licenciado, sino de "divulgarlo" o "propagarlo" a terceros.

### P2P

Por ello, la divulgación de software no-libre a través de sistemas P2P es ilegal.



### 3. Derechos y libertades en las licencias de software libre

Como ya hemos dicho, las **licencias de uso** constituyen el instrumento legal habitual también para la distribución del software libre. Sin embargo, mediante las licencias de software libre el proveedor no pretende preservar al máximo los derechos exclusivos de explotación que le reconoce la legislación sobre derechos de autor.

Al contrario, mediante la licencia, el proveedor de software libre **permite expresamente** a los usuarios **usar y modificar, así como distribuir el software**, con o sin modificaciones. Las licencias de software libre no suponen que el proveedor renuncie a su condición de "autor" o titular del software, pero sí que significan una puesta a disposición, generalizada, para la comunidad de usuarios, de sus derechos de explotación sobre el software.

#### Derechos morales y autoría

Recordemos que, según hemos visto, en España y en el resto de países de Derecho Continental, los derechos morales no se transmiten ni puede renunciarse a ellos, por lo que el software sigue teniendo un "titular". Con la licencia de software libre, este titular cede a la comunidad de usuarios (mejor podríamos decir, "comparte con la comunidad de usuarios") los derechos de explotación. No obstante, incluso en los países de Derecho Anglosajón (en los que no existe la figura de los "derechos morales" de autor respecto del software) que es de donde proceden las licencias de software libre, también se ha querido dejar bien claro que el autor originario del software libre no renuncia a su condición de tal.

Por otra parte, las **condiciones y restricciones** que se imponen a los usuarios en las licencias de software libre son mucho menores que las recogidas en las licencias de software propietario. Además, estas "limitaciones" a las libertades no pretenden proteger derechos exclusivos del proveedor, sino que consisten fundamentalmente en condiciones para el ejercicio de dichas libertades, con el objeto de:

- a) **Proteger la reputación** del autor del software.
- b) **Asegurar**, en el caso de software libre con *copyleft*, las libertades de uso, modificación y distribución a los usuarios en todo momento; en particular, impedir cualquier intento de "apropiación" del software libre.

Podemos recordar la definición de la Free Software Foundation sobre "licencias de software libre": serían aquellas que permiten y aseguran a los usuarios el ejercicio de las cuatro libertades siguientes:

- La libertad de ejecutar el programa con cualquier propósito (libertad 0).
- La libertad de estudiar cómo funciona el programa y de adaptarlo a sus necesidades (libertad 1).
- La libertad de distribuir copias (libertad 2).
- La libertad de mejorar el programa y de publicar las mejoras para los demás (libertad 3).

Para el ejercicio de estas libertades, en especial la 1 y la 3, el usuario necesita disponer del código fuente del programa. Las licencias de software libre contienen, efectivamente, el compromiso del proveedor-licenciante de proporcionar el código fuente a los usuarios o, al menos, ponerlo a su disposición.

A continuación, analizaremos brevemente cómo se otorgan a los usuarios los derechos de uso, copia, modificación y distribución en las licencias de software libre. Su análisis detallado se encuentra en los módulos 6 y 7.

### 3.1. Libertades de uso y de copia

El proveedor de software libre permite a los usuarios realizar todos aquellos actos que, como titular exclusivo del derecho de reproducción del software, en principio sólo le corresponderían a él.

El usuario de software libre tiene **libertad completa para utilizar y copiar el software** cómo, cuándo, cuánto y dónde estime oportuno.

#### Libertad de uso

Por lo que respecta a la libertad de **uso**, el usuario puede emplear el software libre sin restricciones: instalarlo en su equipo hardware, almacenar los archivos necesarios y ejecutarlo cada vez que desee, para beneficiarse de sus aplicaciones.

Lo que caracteriza la libertad de uso, en las licencias de software libre, es que dichas licencias **no deben incluir restricciones al derecho de uso**, a diferencia de las licencias de uso de software propietario. De este modo, el usuario puede utilizar el software:

- a) Para cualquier propósito o finalidad. Por tanto, no cabe limitar el empleo del software al "uso personal" del usuario. Asimismo, el software libre puede emplearse tanto para finalidades privadas como profesionales.
- b) Por cualquier persona. Sin que pueda sufrir discriminaciones por razón del colectivo o grupo al que pertenezca.

- c) En los equipos hardware que estime oportuno, sean cuales sean sus características técnicas.

### Libertades de uso

Destacamos la libertad de uso prevista por la GNU-GPL v2, que establece en la Cláusula 2, primer párrafo, simplemente (y de forma contundente) que "el **acto de ejecutar el programa no está restringido**". Igualmente, señala que la licencia cubre los derechos de uso justo (*fair use*) previstos por la legislación de derechos de autor.

Asimismo, dos Directrices de la OSD prohíben expresamente que las licencias impongan ciertas restricciones al uso del software por los usuarios:

- La Directriz 5 impone la "no discriminación con respecto a personas o grupos".
- La Directriz 6 impone la "no discriminación con respecto a Campos Laborales (sectores de actividad)".

### Libertad de copia

En cuanto a la libertad de **copia**, el usuario de software libre puede efectivamente realizar cuantas copias del software desee, sin limitarse a copiar únicamente aquellos archivos necesarios para la ejecución del software en el equipo hardware, o a una sola copia de seguridad.

Esta libertad de copia está estrechamente vinculada con las libertades de uso (el usuario puede utilizar el software en cuantos equipos hardware desee) y de distribución (el usuario puede proporcionar copias del software, con modificaciones o sin ellas, a terceros).

## 3.2. Libertad de modificación y código fuente

Asimismo, con las licencias de software libre, los usuarios pasan a tener también el **derecho de transformación** sobre el software licenciado. Por tanto, los usuarios pueden **traducir** el software, **adaptarlo** a sus necesidades, **corregir errores** o **combinarlo** con otros programas.

Así, el usuario que desarrolle un software derivado a partir del software libre licenciado, pasará a ser considerado el **autor** de dicho software derivado, al que la propia LPI (art. 96.3) se concede derechos de autor (morales y de explotación) exclusivos.

### ***Copyleft***

Recordemos que las licencias libres con *copyleft* (en particular, la GNU-GPL) prohíben al usuario de un software libre redistribuir a terceros el software derivado (que desarrolle a partir del software libre original bajo GPL) añadiendo más restricciones en su licencia que las que contenía la licencia del software originario. Esto hace que el software derivado también deba redistribuirse como software libre y, de hecho, con la misma licencia.

### Disponibilidad del código fuente

Para permitir al usuario que pueda ejercer efectivamente esta libertad de modificación, el proveedor-licenciante debe proporcionarle el **código fuente** del software o, por lo menos, **ponerlo a su disposición a precio de coste** (coste de reproducción de la copia).

Tal y como lo definen la GNU-GPL y las Directrices OSD, el código fuente es la "**forma preferida**" para que un programador realice modificaciones en el software.

### Límites a la libertad de modificación en el software libre

Hemos visto que la libertad de modificación, en las licencias de software libre, tiene un alcance muy amplio. No obstante, en el ejercicio de esta libertad, los usuarios deben observar:

- a) Una **condición**, impuesta si bien de manera que puede variar por las distintas licencias de software libre: el usuario que modifique el software debe respetar el anuncio de *copyright* del autor original, y a veces advertir de qué archivos ha modificado.  
Esta condición tiene por finalidad proteger la reputación del autor original ante posibles problemas en el funcionamiento del software a raíz de una modificación.
- b) Un **límite** impuesto por la LPI, cual es el derecho moral a la integridad de la obra. En España (y en los países de Derecho Continental, que reconocen este derecho moral), los usuarios deben abstenerse de realizar aquellas modificaciones que puedan menoscabar la reputación del proveedor.

### Aviso sobre modificaciones

Recordemos, a modo de repaso y para ilustrar esta condición, que la GNU-GPL (Versión 3) señala en su Cláusula 5.a) que el usuario "debe hacer que los ficheros modificados lleven anuncios prominentes que indiquen que los ha cambiado y la fecha de cualquier cambio".

La Definición de *Software Abierto* va incluso más allá y, aunque permite que el programa sea modificado por el usuario y éste pueda distribuir las modificaciones:

- La Directriz 4 autoriza al autor original a impedir que los usuarios distribuyan versiones modificadas del código fuente; sí podrán distribuirlo si acompañan los archivos fuente originales con "archivos parche" separados.
- Asimismo, el autor original puede exigir que los trabajos derivados tengan un nombre o un número de versión distintos de los del software original.

Por lo que respecta a las licencias tipo BSD, una de las pocas restricciones que contempla es, precisamente, mantener el "anuncio de *copyright*" al redistribuir el software, tanto en código fuente como en binario.

### 3.3. Libertades de distribución y comunicación pública

Los usuarios de software libre tienen una libertad más, impensable en las licencias de software propietario (salvo supuestos excepcionales, como el del *freeware*): **la libertad de distribuir copias del software a terceros, con o sin modificaciones.**

Esta libertad es amplísima, por cuanto el usuario va a poder distribuirlas:

a) Gratuitamente o a cambio de una remuneración económica;

#### **Reflexión**

El proveedor de software libre tiene derecho a pedir una contraprestación económica. Sin embargo, lo más habitual será que distribuya las copias gratis, o a cambio de un precio mínimo o residual (para resarcirse de ciertos gastos, como el de realizar la copia, entregarla en un soporte físico, etc.). No obstante, ello no impide que existan modelos de negocio alternativos a la comercialización de copias de software, basados en software libre, y a partir de los servicios de consultoría y/o mantenimiento adscritos a ese software libre.

b) De forma temporal (alquiler, préstamo...) o indefinida;

c) Proporcionando una copia del software en código objeto y/o con el código fuente; y

d) Redistribuyendo el software originariamente licenciado o con modificaciones.

Recordemos que, tradicionalmente, entre la "libertad de distribución" se incluía la libertad para distribuir software a través de Internet. Con las reformas legales, a nivel internacional, la libertad de poner software a disposición del público a través de Internet debe entenderse más bien como una "libertad de comunicación pública". En concreto, como una modalidad de dicha libertad de comunicación pública: la libertad de puesta a disposición interactiva.

## Ejemplo

Por eso, muchas de las licencias libres, en sus últimas versiones, procuran seguir esta nueva perspectiva de la libertad para divulgar software a través de Internet. Así, la GNU-GPL, en su Versión 3, ya no emplea sólo el término *distribuir*, sino los más genéricos *propagar* (*propagate*) y *transmitir* (*convey*).

En las Definiciones de la GNU-GPL (cláusula 0), se citan los siguientes términos:

- "*Propagar una obra* significa realizar con ésta cualquier cosa que, sin permiso, supondría que usted sería directa o indirectamente responsable por infringir la ley de propiedad intelectual aplicable, excepto ejecutarla en un ordenador o modificar una copia privada. La propagación incluye la copia, la distribución (con o sin modificación), ponerla a disposición del público y, en algunos países, otras actividades también.
- "*Transmitir una obra* significa cualquier forma de propagarla que permite a otras partes realizar o recibir copias. La mera interacción con un usuario a través de una red de ordenadores, sin transferencia de una copia, no es transmisión".

Y a lo largo de la GNU-GPL (Cláusulas, 4, 5, 6 y 8), la tradicional libertad de distribución aparece bien bajo el término *transmitir* (transmisión de copias literales del código fuente, transmisión de obras basadas en el Programa, transmisión del Programa en código objeto con compromiso de poner a disposición el código fuente, etc.), bien bajo el término *propagar* (libertad de propagar o modificar una obra cubierta sólo por las condiciones expresamente previstas en la Licencia).

Otras licencias libres, como la Apache 2.0, incluyen no sólo la licencia para distribuir programas, originales o derivados, sino también para "comunicarlos públicamente" (*publicly display*).

A los efectos de esta Unidad, hablaremos de la libertad de distribución en un sentido amplio, incluyendo tanto la distribución *stricto sensu* (puesta a disposición pública del software mediante soportes tangibles), como la libre comunicación pública del software licenciado, a través de Internet.

## Condiciones a la libertad de distribución en el software libre

Sin perjuicio de la libertad tan amplia que se les confiere, los usuarios que redistribuyan el software (con o sin modificaciones), deben respetar ciertas condiciones y límites:

- a) Las distintas licencias de software libre (GNU-GPL, las de tipo BSD, etc.) obligan a **mantener el anuncio de *copyright* del autor original y, en su caso, a advertir de qué archivos ha modificado el usuario.**
- b) Asimismo, deben mantenerse las advertencias sobre garantías y responsabilidades que contenía la licencia originaria. Las licencias de software libre, más que garantías, incorporan un "repudio de garantía" (cláusula de exoneración o *disclaimer*): una cláusula por la que el proveedor del software manifiesta proporcionar el software sin ofrecer garantía alguna, y rechaza la posibilidad de ser responsable frente a los daños que pudiera causar al usuario un error o fallo de funcionamiento del software.

No obstante lo anterior, las mismas licencias prevén que el usuario (como nuevo proveedor-licenciante) sí pueda comprometerse personalmente a asumir una garantía o responsabilidad frente a quienes reciban una copia del software de él, y a cambio de un precio por ello. De todas formas, ese

usuario deberá mantener indemnes y exonerar de toda garantía y responsabilidad, a los anteriores proveedores y al autor original del software.

- c) En algunos casos, las licencias de software libre contienen ciertas limitaciones a la redistribución del software, cuando dicha redistribución puede entrar en conflicto con una **patente**: por ejemplo, el deber de advertir de que el software libre se encuentra bajo una demanda de violación de patentes de un tercero, identificando a ese tercero (licencia Mozilla).
- d) Otro de las condiciones a la facultad de redistribuir el software libre, en particular el derivado, lo encontramos en las licencias libres con *copyleft*. Ello merece una referencia particularizada.

### Referencia al *copyleft*

En el módulo siguiente analizaremos en detalle la figura del *copyleft*, a la cual ya nos hemos referido en alguna ocasión. En este apartado hemos de destacar que el *copyleft* afecta sobre todo al derecho del usuario de software libre a redistribuir programas originarios derivados (que él haya desarrollado a partir del software original, gracias a la libertad de modificación).

- **Si la licencia de software libre no es *copyleft*** (como las licencias de tipo BSD, Apache, AFL, etc.), no obliga al usuario, autor de un software derivado a partir del original, a distribuir este software derivado como software libre. El usuario deberá respetar el "grado de libertad" que le otorgue la licencia para distribuir el software derivado, la cual le puede permitir redistribuir dicho software como semi libre o incluso a través de licencias de software propietario.
- **Si la licencia de software libre es *copyleft*** y (como la GNU-GPL), el usuario sólo puede redistribuir el software original, el software derivado que haya desarrollado, de forma libre también, con el mismo grado de libertad previsto en la licencia del software libre original.  
En caso contrario, se entenderá que este usuario infringe la licencia original, por lo que puede llegar a perder los derechos de uso sobre el software original objeto de la misma.

### Versión 3 de GNU-GPL

La reciente Versión 3 de la GNU-GPL ha introducido un ligero matiz a la obligación *copyleft*, tan estricta, de tener que redistribuir el software derivado con la misma GNU-GPL. En la cláusula 7 se contemplan ahora unos "Permisos adicionales" que el autor de un software derivado puede añadir a la licencia para que sean aplicables a la distribución **de ese software derivado**, siempre que lo hayan autorizado los titulares de los derechos de explotación del software original (ver el detalle en el módulo 6).

## 4. Garantías y responsabilidades

Una cuestión muy importante en las relaciones proveedor-licenciante y usuario-licenciario, es la **determinación de las consecuencias legales que se derivan de una incidencia en el funcionamiento del software**, máxime si tenemos en cuenta la relativa inestabilidad del software (es susceptible de sufrir fallos de funcionamiento, defectos de configuración, etc.) así como los importantes inconvenientes y perjuicios que puede sufrir el usuario como consecuencia de una incidencia en el software (en especial, aquellas empresas y entidades cuya actividad depende del buen funcionamiento de sus sistemas informáticos).

### 4.1. Consideraciones generales

Las licencias de software acostumbran a regular los derechos del usuario –y las consiguientes obligaciones del proveedor– en caso de que se produzca alguna **incidencia** en el software: fallos de funcionamiento, defectos varios o si no corresponde con las características que de él predica el proveedor y que motivaron la adquisición de la licencia por el usuario.

Cuando sucede alguna de estas circunstancias, el usuario se ve impedido de utilizar el software, o de utilizarlo para las finalidades que lo llevaron a adquirir la licencia.

Si el usuario no tiene culpa de la incidencia, un principio de justicia nos diría que el proveedor-licenciante debe asistir al usuario y poner fin a la incidencia: hablamos entonces de que el proveedor debe prestar al usuario una **garantía sobre la conformidad y la continuidad en el buen funcionamiento del software**.

Pero es más, tal incidencia puede haber causado daños y perjuicios al usuario. Pensemos sobre todo en el software del cual depende en la práctica la buena marcha de la actividad cotidiana de un usuario empresa o profesional: un defecto o fallo de funcionamiento puede paralizar su actividad, lo que sin duda le causaría daños y perjuicios.

Otra cuestión consistirá en determinar si el proveedor es "culpable" y, por tanto, **responsable** de los daños y perjuicios que sufre el usuario por causa de la incidencia en el funcionamiento del software, de modo que deba indemnizarle por ello.



Hemos visto que los proveedores de software acostumbran a imponer las cláusulas de las licencias a los usuarios. A los proveedores-licenciantes les resulta de gran interés establecer en la licencia de uso **limitaciones o incluso exclusiones** de garantías y responsabilidades frente al usuario.

Sin embargo, en muchos casos, una cláusula de exoneración o limitación no será legal. El mismo principio de justicia al que nos referíamos nos dice que será injusto y/o abusivo que la licencia permita al proveedor desentenderse de las incidencias que se produzcan en el software. En particular, ello será injusto cuando el usuario no haya tenido ninguna oportunidad de negociar el contenido de estas cláusulas, sino que le hayan venido impuestas por el proveedor-licenciante; o cuando el usuario haya abonado un precio por la licencia.

### **Condiciones y negociaciones**

Cuestión distinta serán aquellas licencias en las que el usuario-licenciario sí que haya tenido la oportunidad de negociar el contenido de la licencia y una exoneración o limitación de garantías y/o responsabilidad a favor del proveedor-licenciante, a causa de otra contrapartida a favor del usuario (por ejemplo, una rebaja en el precio, una mayor garantía a cambio de menor responsabilidad, etc.), lo que podrá suceder en aquellas licencias de uso de software especializado, de precio elevado y adaptado a las necesidades del usuario. En tal supuesto, dicha limitación o exoneración sí que podrá entenderse como justa, en tanto que pactada libremente por dos partes en igual o similar posición negociadora.

Las leyes sobre propiedad intelectual no se ocupan de este aspecto, sino únicamente de regular los derechos exclusivos sobre el software. Sin embargo, en todos los países se aplican diversas normas: las de Derecho General de las Obligaciones y Contratos, normas sobre garantías en otros contratos (como los contratos de compraventa, de arrendamiento de obra o de prestación de servicios, aplicables por analogía a la licencia de software), normas protectoras de los consumidores, etc., ello, para obligar al proveedor a que asuma ciertas garantías y responsabilidades frente al usuario, sin que pueda eludirlas mediante la licencia.

## **4.2. Distinción entre garantías y responsabilidades**

Ambas figuras –garantía y responsabilidad– se solapan parcialmente y resultan algo difíciles de distinguir. Mejor dicho, podemos afirmar que la "responsabilidad" es una de las consecuencias a las que puede dar lugar la infracción de una garantía. Así pues, podemos distinguir entre garantías y responsabilidades. Veámoslo a continuación.

### **1) Garantías**

*Garantías* son los compromisos u obligaciones que asume el proveedor-licenciante a favor del usuario, respecto a las condiciones (características, prestaciones, buen funcionamiento) que debe cumplir el software objeto de la licencia. De este modo, si el software no cumple o deja de cumplir en algún momento dichas condiciones, el proveedor-licenciante deberá realizar las actuaciones oportunas para que el software se ajuste a las mismas.

En particular, cabe destacar las **garantías de conformidad y buen funcionamiento**, en virtud de la cual el proveedor ha de asegurar al usuario-licenciario que el software es conforme a su descripción y funcionará correctamente durante el plazo de vigencia de la licencia –o, al menos, durante un tiempo determinado. De modo que, en caso de sufrir el software algún fallo, el proveedor prestará la asistencia oportuna al usuario para poner fin a dicho fallo.

Las licencias de uso regulan qué **garantías prestará el proveedor, el modo de prestarlas y su plazo**: es decir, si de ocurrir alguna de las incidencias de las descritas anteriormente, el proveedor-licenciante asistirá o no al usuario para poner fin a la incidencia, mediante:

- Reparación del fallo o defecto.
- Sustitución de la copia por otra.
- Devolución del precio al consumidor, cancelándose la licencia.

En cualquier caso, las cláusulas de las licencias que estipulen las garantías, así como sus posibles limitaciones o exoneraciones, deberán respetar una serie de normas legales imperativas que, en cada país, obligan a prestar unas garantías mínimas sobre el software.

Para entender este punto, es conveniente explicar, de forma resumida, las clases y origen legal de las garantías. En Derecho Continental, como el de España, las clases y categorías jurídicas de las garantías son distintas respecto de las propias del Derecho Anglosajón. Sin embargo, muchas licencias de software, aun escritas en castellano y para regir en España, hacen referencia a las garantías típicas del Derecho Anglosajón. Esto hace que la redacción de dichas cláusulas suela parecer confusa.

En cualquier caso, el contenido y alcance de las garantías similar en ambos casos, así como las acciones o *remedies* que se estipulan a favor del usuario para hacerlas efectivas: reparación, sustitución de la copia o devolución del precio con cancelación de la licencia.

### **Las garantías sobre el software**

Conforme al Derecho Español, las mínimas garantías legales sobre el software serían las siguientes:

a) La garantía de **saneamiento frente a defectos ocultos**, por aplicación analógica de las normas que regulan la compraventa (Código Civil y Código de Comercio): el licenciatario comprador puede reclamar -en el plazo de los seis meses siguientes al inicio de la licencia- que se le devuelva el dinero y se cancele la licencia, o bien que el proveedor le rebaje el precio abonado. Esta garantía es aplicable, por analogía, a muchas de las licencias, en particular a las del software comercializado en masa a consumidores, pero de dudosa aplicación al software libre que no sea "comprado".

b) Las garantías de **conformidad** y de **buen funcionamiento** del software: por aplicación de la normativa sobre garantías de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios (ahora consolidada en el RDL 1/2007). Este régimen de garantía se aplicará en principio sólo a aquellas licencias en que el licenciatario sea un consumidor. Y, discutiblemente, cuando el proveedor sea "vendedor". Sin embargo, en la práctica, esta garantía puede extenderse a cualquier licencia, sobre la base del principio de **buena fe** en los contratos, tal como veremos a continuación.

c) Incluso cuando la licencia se asemeje más a un arrendamiento o a un contrato de obra o servicio (software especializado de uso profesional, parametrizado a las necesidades del usuario), la garantía de buen funcionamiento será inherente a la licencia, por aplicación analógica de los deberes del proveedor de mantener al usuario en el **uso normal y pacífico del objeto contractual**, o de mantener el resultado final en las condiciones pactadas.

En derecho anglosajón también hablamos de garantías originarias de las normas que regulan el contrato de compraventa (*implied warranties*) y que se aplican analógicamente a las licencias de software.

### Garantía en Derecho Anglosajón

Sin embargo, su denominación es distinta, y aparecen en multitud de licencias:

a) **Garantía mercantil o de mercantilidad (*merchantability*)**. El software debe poder comercializarse legalmente -no es algo prohibido-, y debe ser de una calidad satisfactoria teniendo en cuenta diversos criterios (precio, mercado, estado de la tecnología, etc.).

b) **Garantía de adecuación a un fin particular (*fitness for a particular purpose*)**. El software debe ser adecuado para cumplir un fin particular, cuando el licenciatario adquirió la licencia motivado por la posibilidad de cumplir tal fin, y el proveedor sabía o podía saber que el licenciatario quería adquirir la licencia precisamente por ello.

c) Junto a estas garantías, también se habla de la **garantía de título y no infracción (*title and non-infringement*)**. Corresponde a la garantía de "titularidad", a la cual ya nos referimos en el módulo anterior.

### Ejemplo

Por ejemplo, incumpliría esta garantía un software consistente en una hoja de cálculo que no permitiera sumar o restar.

Explicaremos aquí también el significado de una expresión habitual en las licencias: la mención de que el software se entrega "**tal cual**" (*as is*) significa que el proveedor lo entrega sin prestar ninguna garantía. Si bien decimos es una mención habitual en las licencias de uso, en muchas ocasiones no será válida conforme a Derecho.

## 2) Responsabilidad

La *responsabilidad* consiste en el deber del proveedor de indemnizar al usuario por aquellos **daños y perjuicios** que éste haya sufrido como consecuencia de un error, defecto o fallo de funcionamiento del software, o de falta de adecuación con las características que del mismo cabe esperar.

Puede ocurrir que, por causa de una incidencia en el software, el usuario sufra daños y perjuicios. En este caso, al usuario no le bastará entonces con la prestación de la garantía (que el proveedor le repare el fallo, le proporcione una copia nueva o le devuelva el precio pagado). Además, el usuario pretenderá obtener del proveedor una indemnización por los daños, en la medida en que éste sea responsable de los mismos.

### Ejemplo

Pensemos en una empresa que sufre una paralización de su actividad por un fallo de funcionamiento en una aplicación informática. En este caso, si la empresa sufre pérdidas (negocios no realizados, salarios abonados a empleados que no pueden trabajar, etc.), puede plantearse exigir una indemnización al proveedor.

Para considerar al proveedor como responsable de los daños, el fallo o defecto que los haya causado no debe ser fortuito o producido exclusivamente por culpa del propio usuario, sino que debe ser achacable de alguna forma al proveedor-licenciante:

- a) Bien por lo que jurídicamente se llama **dolo**: cuando el proveedor conocía la existencia del fallo o defecto en el software que produjo los daños al usuario.
- b) Bien por **culpa o negligencia**: cuando el proveedor no conocía la existencia del fallo o defecto pero debería haberla conocido, si hubiera realizado sus tareas de programación o de mantenimiento del software con el grado de diligencia exigible a cualquier programador.

Aquí creemos conveniente hacer una referencia a las **distintas clases** y categorías jurídicas en materia de daños y perjuicios, en los países de derecho continental y en los de derecho anglosajón. Al igual que en las garantías, las licencias de software suelen hacer referencia a las clases de daños que se recogen en el derecho anglosajón. Por lo que respecta al derecho español, cabe hablar de:

- a) **Daño emergente**: valor de la pérdidas patrimoniales y morales diversas que el usuario puede sufrir a consecuencia de la incidencia (por ejemplo, si un fallo en el software da lugar a una pérdida de información, el valor de esta pérdida de información; daño a la imagen que el usuario empresario sufre frente a clientes, etc.), así como los gastos en que haya incurrido para remediarla.

- b) **Lucro cesante:** ganancia dejada de obtener por culpa de la incidencia (por ejemplo, los ingresos que el usuario empresario deja de percibir durante el tiempo en que su actividad queda paralizada por culpa del fallo en el software).

### **Daños en Derecho Anglosajón**

En derecho anglosajón, por otra parte, se habla de otro tipo de daños que no equivalen exactamente a las categorías anteriores:

- a) **Daños directos o incidentales (*direct or incidental damages*):** los que son consecuencia directa de la incidencia (por ejemplo, de nuevo, la pérdida de información, los gastos de reconstrucción de la información perdida, etc.).
- b) **Daños indirectos o consecuenciales (*indirect or consequential damages*):** los que derivan indirectamente de la incidencia, si bien las partes conocían o debían conocer que podían sufrirse en caso de que ocurriera tal incidencia (por ejemplo, pérdida de imagen ante clientes).

### **Loss of profit**

Hay ciertos daños, como la pérdida de beneficios (*loss of profit*, en buena medida coincidente con el concepto continental de "lucro cesante") que se incluirían en principio entre los daños indirectos. Sin embargo, en ocasiones el criterio de los tribunales británicos y estadounidenses ha variado para incluirlos dentro de los daños directos. Por ello, las licencias suelen citar *loss of profit* de forma separada.

Conviene distinguir entre garantías y responsabilidades, tanto por su verdadera diferencia conceptual, como por su distinto régimen legal. Así pues, la validez de ciertas limitaciones de garantías debe valorarse de forma distinta a la validez o no de las limitaciones o exoneraciones de garantías. En especial, como veremos a continuación, en las licencias de software libre la validez de la cláusula de "ausencia de garantía" debe valorarse de forma distinta a la cláusula de "ausencia de responsabilidad".

## **4.3. Limitaciones y exclusiones de garantías y responsabilidades en las licencias de software**

Los proveedores suelen incluir cláusulas de limitación o exoneración de garantías y responsabilidades en las licencias de software. Aunque de manera general los principios del derecho admitan la libertad contractual (de determinar las condiciones de contratación) la validez legal de dichas cláusulas es cuestionable.

### **Limitación y exoneración de garantías**

Los proveedores-licenciantes de software pretenden sustraerse de ciertas **garantías** que deben prestar al usuario, o acortar el tiempo en el que deberá prestarlas, para lo cual imponen limitaciones o exoneraciones de garantías en el texto de las licencias de uso.

Si el licenciatarlo consumidor que ha adherido sin negociación al contrato de licencia, de acuerdo con las leyes de protección del consumidor y usuario, dichas limitaciones podrían verse declaradas nulas y no puestas en el contrato, por abusivas.

Por tanto, las garantías mínimas legales que acabamos de describir no podrán ser limitadas en estas circunstancias.

Sin embargo, si el licenciatarlo no es un consumidor sino un empresario o profesional, el proveedor podrá restringir en la licencia su deber de garantía. Sin embargo, tampoco podrá desentenderse así como así de las incidencias que puedan ocurrirle al software, y el licenciatarlo podrá recurrir a la aplicación analógica de las normas (Código Civil y Código de Comercio) que estipulan para el contrato de compraventa la **garantía de saneamiento frente a vicios** (defectos) **ocultos**, el principio de la **buena fe** en los contratos y similares, para exigir al proveedor que el software siga en perfecto funcionamiento. Pero la validez o la falta de validez de las limitaciones en las garantías se deberá valorar caso por caso.

### Limitación y exoneración de responsabilidad

Asimismo, en las licencias de software son típicas las cláusulas que **exoneran de responsabilidad** al proveedor frente a daños y perjuicios que sufra el usuario debido a una incidencia en el software. O en caso de tener que indemnizar al usuario por daños y perjuicios, **limitan la posible indemnización del proveedor**: por ejemplo, es habitual limitarla a una cantidad equivalente al precio que el usuario ha abonado por la licencia (junto a las cuotas abonadas por la prestación de un servicio de mantenimiento).

La validez de estas exoneraciones o limitaciones de responsabilidad es más que dudosa en muchos casos. Por lo pronto, la exoneración o limitación de responsabilidad no será válida cuando:

1) Sea **responsabilidad por dolo**: por *dolo* entendemos no sólo el caso en el que el proveedor haya causado a sabiendas los daños (lo que no será muy normal) sino también el supuesto en el que el proveedor conocía la existencia de la incidencia, que podía producir determinados daños al usuario, y no impidió que éstos se produjeran.

#### **Negligencia grave**

En otros países distintos de España, además del dolo, tampoco es limitable la responsabilidad por negligencia grave: cuando la incidencia sea achacable al proveedor por una falta de la diligencia ya no normal, sino elemental, que tendría cualquier proveedor.

2) Responsabilidad por daños que consistan en **muerte o daños corporales a las personas**: En principio, nos cuesta pensar en un software cuyos fallos o errores produzcan este tipo de daños, salvo casos puntuales como, por ejemplo, el software de un aparato médico, el empleado por controladores aéreos, etc.

3) Cuando el licenciatarlo que sufra los daños sea un **consumidor**: En virtud de lo que dispone la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, el usuario tiene derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios que haya sufrido por los fallos o la falta de adecuación del software, salvo que se hayan producido por su propia y exclusiva culpa.

Por tanto, si el licenciatarlo es un consumidor, el proveedor no puede válidamente reducir el límite de responsabilidad a una cantidad máxima, pues tal cláusula será automáticamente nula por infringir la Ley y por ser cláusula abusiva.

Sin embargo, cuando el usuario-licenciatarlo es un **empresario o profesional**, la limitación de responsabilidad a una cantidad máxima es, en principio, válida, porque la legislación permite a las partes pactar sobre la misma.

### **Limitación de responsabilidad**

Ello es importante, porque los proveedores están interesados especialmente en limitar sus responsabilidades frente a licenciatarlos empresarios o profesionales, porque es a éstos a los que el mal funcionamiento de un software puede causarles perjuicios de mucha más importancia –al menos económica– que a un consumidor.

No obstante lo anterior, aunque el usuario-licenciatarlo sea empresario o profesional, habrá que estudiar cada caso concreto para determinar si la limitación de responsabilidad puede resultar especialmente injusta y abusiva. En tal supuesto, la limitación podrá ser **declarada nula**, si se considera que la limitación de responsabilidad es tan desproporcionadamente abusiva que:

- en la práctica, supone dejar en manos del proveedor el cumplimiento de sus obligaciones, a su libre albedrío; y
- vulnera el principio de **buena fe** en los contratos.

### **Derecho Anglosajón**

En **Derecho Anglosajón**, la jurisprudencia (decisiones de los Tribunales) generalmente tiene un criterio equivalente. Cuando el licenciatarlo sea un empresario o profesional, el proveedor-licenciante podrá limitar su responsabilidad en la licencia, salvo cuando ello sea "**irrazonable**". Para determinar si la exoneración o limitación de responsabilidad es razonable o no, los Tribunales atienden a varias circunstancias, lo que se denomina el *test de razonabilidad* (*reasonableness test*):

- Si ha habido un verdadero proceso de negociación de las cláusulas contractuales, en particular las relativas a garantías y responsabilidades. O si, por el contrario, el proveedor impuso su contenido al licenciatarlo.
- Si el licenciatarlo conocía perfectamente la existencia y el alcance de la cláusula de limitación, si estuvo asesorado o no por un abogado que lo informara de la misma antes de firmar la licencia.

- Si la cláusula de limitación o exoneración fue aceptada por el licenciataria a cambio de algo a su favor (por ejemplo, una rebaja del precio).

A partir de este "test", se deducirá si la cláusula de limitación o exoneración es válida, por ser razonable: si el usuario tuvo la oportunidad de negociarla con el proveedor, conocerla, aceptarla como parte del proceso de negociación antes de la firma de la licencia, etc. Por el contrario, será nula por "irrazonable" cuando en la práctica haya venido impuesta por el proveedor, a cambio de nada.

Asimismo, tampoco podrá ser válida una limitación de responsabilidad a una cantidad máxima que resulte irrisoria (por ejemplo, la cantidad mayor entre el precio de la licencia o cinco dólares, como se ha estipulado en alguna licencia de Microsoft®), en la medida en que conduzca, en la práctica, a una exoneración de responsabilidad no consentida especialmente por el licenciataria.

#### **4.4. Especial referencia a las exclusiones de garantías y responsabilidades en las licencias de software libre**

Se dice, y en buena medida es cierto, que las licencias de software libre se conceden sin garantía alguna para el usuario, y sin asumirse ningún tipo de responsabilidad.

No obstante, las cláusulas que así lo prevén son de una legalidad discutible, según hemos analizado anteriormente, en especial las que persiguen la exoneración de responsabilidad. Será la legislación imperativa aplicable la que, en definitiva, determinará si el proveedor del software libre debe prestar o no alguna garantía o si incurre en algún tipo de responsabilidad frente al usuario-licenciataria.

Nos centraremos en el análisis de las cláusulas que, al respecto, contiene la GNU-GPL (versión 3). En cualquier caso, su contenido es sustancialmente idéntico al de otras cláusulas que recogen las licencias tipo BSD, Apache o Mozilla, por citar unos ejemplos emblemáticos.

##### **Exclusión de garantías y garantías voluntarias**

La cláusula 15 de la GNU-GPL tiene como título "Repudio de garantía" ("Disclaimer of warranty") y establece que:

"No se ofrece ninguna garantía sobre el programa, ello con el límite máximo permitido por la legislación aplicable. Excepto cuando se pacte de otra forma por escrito, los titulares del *copyright* y/u otras partes proporcionan el programa "tal cual", sin garantía de ninguna clase, expresa o implícita, incluidas –pero no limitadas a– las garantías implícitas de mercantilidad o adecuación para un fin particular. Usted asume cualquier riesgo referente a la calidad y prestaciones del programa. Si el programa se prueba como defectuoso, usted asume el coste de cualquier servicio de reparación o corrección".

De este modo, el software libre que se licencia por medio de la licencia GNU-GPL en principio se distribuye sin que el proveedor ofrezca garantía alguna. La **validez legal** de esta ausencia de garantía podría cuestionarse y se debería valorar a la luz de lo que ya hemos comentado. No obstante, puede sostenerse



la validez de esta ausencia de garantías cuando el software libre se haya distribuido de forma **gratuita**, asimismo la limitación está supeditada "al límite máximo permitido".

En efecto, en tal caso podrá decirse que la distribución del software es equiparable a una **donación**. Y las normas que rigen la donación (el Código Civil, en España) **no obligan** al donante (en este caso sería el proveedor) a garantizar el objeto donado (en este caso, el derecho de uso sobre el software) frente a defectos ocultos, ni a asegurar su buen funcionamiento. Si la cosa donada resulta defectuosa, el donante no está obligado, en principio, a repararla o a sustituirla por otra. Distinta será la responsabilidad de indemnizar por daños y perjuicios sufridos a partir de un fallo de funcionamiento o defecto.

Así pues, tenemos un fundamento legal para defender la validez de esta ausencia de garantías que estipula la GNU-GPL, que podrá sostenerse frente a un usuario-licenciatario profesional. Sin embargo, conforme también al derecho español, debemos entender que el proveedor deberá prestar las garantías a las que se refiere la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, ya comentada cuando él sea un empresario-profesional y el licenciatario un consumidor: garantizar el buen funcionamiento del software durante el plazo legal (2 años), sobre todo cuando esté en posición de "vendedor".

En todo caso, debemos tener en cuenta que no todo el software libre es puramente "gratis". Cuando la licencia de un software libre se concede acompañada de la prestación de servicios adicionales, tales como los de mantenimiento o actualización (por ejemplo, el caso de "Red Hat"), el proveedor cobra por la prestación de dichos servicios. Por ello, deberá ofrecer garantías respecto de la buena prestación de sus servicios (elección adecuada de una solución de software libre, correcta adaptación e implementación en el usuario, etc.).

### Exclusión de responsabilidad

Por su parte, la cláusula 16 de la GNU-GPL establece una exoneración de responsabilidad:

"En ningún caso, salvo que lo exija la legislación aplicable o haya sido acordado por escrito, ningún titular del *copyright* ni ninguna otra parte que modifique y/o redistribuya el programa según se permite anteriormente será responsable ante usted por daños, incluyendo cualquier daño general, especial, incidental o consecuencial producido por el uso o la imposibilidad de uso del programa (incluidos, pero no limitados a, la pérdida de datos o la generación incorrecta de datos, o pérdidas sufridas por usted o por terceras partes, o un fallo del programa al funcionar en combinación con cualquier otro programa), incluso si dicho titular u otra parte ha sido advertido de la posibilidad de dichos daños".

En cuanto a esta exoneración de responsabilidad, no parece que exista circunstancia alguna –por el hecho de tratarse de software libre–, que permita al proveedor librarse del régimen legal aplicable, que prohíbe exoneraciones absolutas de responsabilidad.

Así, como hemos visto ya, no podrá exonerarse de responsabilidad, ni siquiera limitarla, cuando la misma provenga de dolo o el licenciatario sea un consumidor. De este modo, esta cláusula será ineficaz frente al licenciatario consumidor.

Si el licenciatario es un empresario o profesional, esta exoneración de responsabilidad también presenta dudas sobre su validez aunque esté redactada "salvo que lo exige la legislación aplicable", como comentamos más adelante. No se trata de una limitación de la cantidad máxima de una posible indemnización, sino de una auténtica negativa a hacerse responsable de los daños, en cualquier caso. Pues bien, en la medida en que los daños se produzcan por unos fallos en el software que no sean imprevisibles e inevitables para el proveedor, o que no sean culpa exclusiva del usuario, los Tribunales muy posiblemente considerarán al proveedor responsable, por negligencia.

En este caso, el hecho de que se pueda distribuir gratuitamente el software libre no tiene relevancia. Aunque le fueran de aplicación las normas de la donación, éstas no eximen al donante de indemnizar al donatario por los daños que le cause la cosa donada.

### **Interpretación de las exoneraciones de garantía y responsabilidad por la GNU-GPL**

La propia *Free Software Foundation* y otras entidades desarrolladoras de proyectos de software libre son conscientes de que unas cláusulas de exoneración de garantía y responsabilidad, en términos absolutos (*as is*), tienen problemas de validez en muchos países.

De este modo, en las cláusulas de repudio de garantía y responsabilidad (*disclaimers*) suele incluirse la típica mención de que estas exoneraciones son válidas "salvo lo que exija la legislación aplicable" o "hasta el límite máximo permitido por la ley".

Con esta salvedad, se pretende que los tribunales de un determinado país, en caso de que su legislación imperativa no permita una exoneración absoluta de garantía o responsabilidad, no declaren nula sin más la cláusula.

La Versión 3 de la GNU-GPL ha completado esta salvedad, además, con la cláusula 17, destinada a **interpretar** las exoneraciones de garantía y responsabilidad estipuladas en las cláusulas 15 y 16:

"Si el repudio de garantía y la limitación de responsabilidad que se estipulan anteriormente no pueden ser aplicables según sus términos en un determinado lugar, los tribunales competentes aplicarán la legislación local que se aproxime de manera más cercana a una exoneración absoluta de responsabilidad civil con relación al programa, salvo que la copia del programa venga acompañada por una garantía o asunción de responsabilidad, a cambio de una retribución [por ello]".

Se pretende con ello que, cuando en un país no sea válida la exoneración de garantía y responsabilidad, las cláusulas 15 y 16 de la GNU-GPL no se declaren nulas sino que, en todo caso, sólo se obligue al proveedor a **prestar la garantía mínima, o a ser responsable por la cantidad mínima posible**.

### **Prestación de garantía y asunción de responsabilidad de forma voluntaria**

Más allá de la validez legal de las cláusulas de exoneración de garantía y responsabilidad, las licencias de software libre suelen prever que un licenciente pueda optar por prestar voluntariamente algún tipo de garantía sobre el software, o asumir algún grado de responsabilidad, en principio a cambio de una contraprestación económica (por ejemplo, en el marco de la prestación de un servicio de mantenimiento).

Una regla importante es que, en estos casos, el licenciente de software libre que asume compromisos de garantía o responsabilidad frente a los usuarios, lo hace **a título personal**, y no compromete con ello a los licenciantes anteriores de ese mismo software, de quienes adquirió él la licencia libre.

#### **Ejemplo: GPLv3**

En el caso de la GNU-GPL, su Versión 3 ha confirmado esta opción que tiene cualquiera que distribuya un software, original o derivado, bajo dicha licencia:

- a) Las propias cláusulas 15 y 16, sobre exoneración de garantía y responsabilidad, contemplan que pueda existir un "**pacto escrito en contrario**", por el que un titular de derechos de autor o cualquier otra persona que legítimamente distribuya el software lo licencie prestando una garantía o asumiendo cierto grado de responsabilidad.
- b) Como ya hemos visto, la cláusula 7 de la Versión 3 de la GNU-GPL prevé unos "permisos adicionales" que el autor de un software derivado puede añadir a la licencia para que sean aplicables a la distribución **de ese software derivado**, entre los que figuran:
  - Poder estipular un régimen de garantías o responsabilidades distinto del genérico de la GNU-GPL.
  - Requerir la indemnidad de licenciantes y autores del software derivado, cuando otro lo redistribuya (con o sin nuevas modificaciones) y este otro asuma algún tipo de responsabilidad que pudiera entenderse que recae en los licenciantes y autores.

Otras licencias de software libre prevén un régimen sustancialmente idéntico o, cuando menos, similar, como por ejemplo la licencia Apache 2.0 (cláusula 9).

## 5. Pactos sobre jurisdicción competente y derecho aplicable

En muchas licencias de software se estipula expresamente una cláusula sobre jurisdicción competente y legislación aplicable, las cuales tendrán importancia en caso de divergencias entre las partes que den lugar a un litigio. Son de particular relevancia, claro es, cuando proveedor y licenciataria tienen residencia en países diferentes. En virtud de este pacto en la licencia se determina:

- a) **La Jurisdicción Competente.** Los tribunales de qué país (región, ciudad, etc.) serán los competentes para resolver los litigios que surjan entre las partes como consecuencia de la licencia. Por tanto, si una parte quiere reclamar algo a la otra, deberá demandarla ante los tribunales que se hayan pactado como los competentes.
- b) **El Derecho Aplicable.** El Derecho (leyes, reglamentos, etc.) de qué país será aquel al que se deba recurrir para aplicar e interpretar las cláusulas de las licencias. En caso de litigio, el tribunal o árbitro designado como competente deberá resolverlo conforme al Derecho que las partes hayan pactado como aplicable.

En caso de que las partes no hayan acordado expresamente cuál será la jurisdicción competente y/o el Derecho aplicable a la licencia, habrá de estarse a lo que determinen las leyes sobre "Derecho Internacional Privado" de cada país.

Entendemos que no es objeto de este módulo, ni del curso, hacer un estudio pormenorizado de estas cláusulas.

A los efectos de este apartado, basta con que conozcáis que, en principio, **son válidos los pactos de las partes** por los que designen en la licencia la jurisdicción competente y el Derecho aplicable al contrato.

La **excepción** la tenemos, de nuevo, cuando el **usuario-licenciataria es un consumidor**. En tal caso:

- a) El usuario podrá demandar al licenciante tanto en los tribunales correspondientes al domicilio del licenciante como en los de su domicilio (lo que sin duda será más cómodo y barato para él). Sin embargo, si el licenciante pretende demandar al usuario, sólo podrá hacerlo ante los tribunales del domicilio del demandado.

- b) Aunque se haya pactado un Derecho aplicable distinto al del país de residencia del usuario, éste podrá reclamar igualmente la aplicación de las leyes protectoras de los consumidores de su país de residencia.

### **Ejemplo**

Pensemos en una licencia de software en la que el proveedor es estadounidense y el usuario es un consumidor español. Si, por ejemplo, en la licencia se estipula que los Tribunales competentes son los norteamericanos y el Derecho aplicable será el Federal de Estados Unidos y el del Estado de California:

- El usuario podrá igualmente demandar al proveedor en España, y los tribunales españoles se considerarán competentes.
- El usuario podrá invocar la aplicación de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, así como otras normas protectoras de los consumidores en España.

Sin embargo, para que el licenciatario consumidor pueda beneficiarse de estas normas protectoras de sus intereses, se requiere que haya contratado la licencia con el proveedor, habiendo realizado éste algún tipo de actividad comercial específicamente dirigida al país de residencia del usuario (publicidad, apertura de una tienda, etc.).

Esto es importante, teniendo en cuenta la multitud de licencias que se contratan a través de Internet, en particular, en las páginas web de los proveedores de software. En principio, en caso de litigio por una licencia de un software adquirido por Internet, el usuario consumidor podrá beneficiarse de las normas protectoras mencionadas sólo si la página web se dirige de forma específica a su país de residencia (además o no de otros países).

### **Ejemplo**

Siguiendo con el último ejemplo, supongamos que la licencia corresponde a un software descargado en Internet. Habrá que comprobar si la página web del proveedor estadounidense de alguna manera se dirigía específicamente a España (por ejemplo, con signos expresivos tales como tener un apartado en idioma español, consignar el precio en euros, señalar un servicio técnico o sucursal que el proveedor tenga en España, etc.). Será en tal caso cuando el licenciatario consumidor podrá demandar en España al proveedor en el supuesto de que surja un litigio entre ambos, y requerir la aplicación de la normativa española protectora del consumidor.

## 6. Contratos accesorios a la licencia de software

Junto a las licencias del software de cierta complejidad destinado a empresas aparecen unos contratos de prestación de servicios sobre el mismo, que denominamos "contratos accesorios" a la licencia de software porque **tienen como presupuesto de su existencia una licencia de software a la que están vinculados**.

Dichos contratos pueden constar en un documento separado de la licencia de uso, pero también como parte del contrato de licencia, ya sea dentro de sus cláusulas o en un anexo. De entre los contratos accesorios destacamos el contrato de mantenimiento y el de consultoría y formación (a veces unido con el anterior).

### 6.1. Contrato de mantenimiento

El software es relativamente inestable en su funcionamiento, y sus posibles fallos no son fáciles de arreglar, menos aún si el usuario no dispone del código fuente. Además, se queda obsoleto con cierta rapidez. De este modo, y una vez acabado el período de garantía que el proveedor ofrece sobre el software en la licencia, para el usuario puede ser **imprescindible el mantenimiento del software**, sobre todo en el software de cierta complejidad destinado a empresas y profesionales.

Para el proveedor del software, prestar el servicio de mantenimiento va a suponer una fuente complementaria, e incluso muy importante, de ingresos. Prestar el servicio de mantenimiento le va a permitir, además, controlar el buen funcionamiento del software, mejorarlo y arreglar aquellos fallos que le comuniquen los usuarios.

Mediante el contrato de mantenimiento, el prestador del servicio se obliga frente al usuario a mantener el correcto funcionamiento del software y/o a proporcionar sus sucesivas nuevas versiones, a cambio del pago de una **cuota de mantenimiento** (anual, trimestral, mensual, etc.).

Sobre el prestador de este servicio (en software propietario y software libre) hemos de tener presente que:

- a) En el caso del **software propietario**, el servicio de mantenimiento sólo puede prestarlo el **proveedor del software o alguien autorizado por el proveedor**: es el único que dispone del código fuente, y el único con derecho a modificar el software licenciado.

Puede ser que, aun siendo formalmente un contrato accesorio a la licencia de uso, el mantenimiento constituya a veces **mayor negocio** para el proveedor que el precio que obtiene por la licencia.

Como el único que puede prestar dicho servicio es el proveedor, se dice que el contrato de mantenimiento permite al proveedor **mantener cautivo al usuario**. El proveedor puede incluso optar por cobrar al usuario un precio relativamente bajo por la licencia, a cambio de asegurarse el pago de una cuota de mantenimiento durante un largo tiempo.

- b) En el caso del **software libre**, el prestador del servicio de mantenimiento puede ser cualquier informático o empresa de servicios informáticos, puesto que puede **disponer libremente del código fuente**. De este modo, el mantenimiento se presta en régimen de libre competencia.

### **El contrato de mantenimiento**

Pensemos en ciertos programas de software especializado, complejo, con aplicaciones destinadas a profesionales. El usuario se ve obligado a contratar el mantenimiento durante el tiempo en que piense que el software le va a ser útil (uno, dos, tres años, etc.), para garantizarse que cualquier defecto en el funcionamiento del software le va a ser reparado.

Por tanto, existen modelos de negocio que tienen como esencial la prestación del servicio de mantenimiento, tanto respecto de cierto software propietario como en el software libre.

En el software libre, el modelo de negocio puede basarse en la prestación de servicios como el de mantenimiento, pero en este caso por una razón diferente. No se trata de que sea un mayor ingreso para el titular del software es que no existe un derecho de exclusividad sobre el mismo (por tanto, los ingresos por la concesión de licencia son nulos o mínimos) y los servicios de mantenimiento se prestan en libre competencia. Las empresas informáticas pueden competir entre ellas por la prestación de un servicio de mantenimiento mejor, más barato, más fiable, etc.

**Modalidades del servicio:** hay tres modalidades típicas de servicio de mantenimiento. En muchos contratos se contemplan varias o todas estas modalidades:

- a) Mantenimiento **correctivo**: asistencia técnica para corregir los errores o fallos que se produzcan en el funcionamiento del software.
- b) Mantenimiento **preventivo**: asistencia técnica, por ejemplo mediante revisiones periódicas, para evitar que se produzcan errores en el funcionamiento.
- c) Mantenimiento **evolutivo o de actualización**: consistente en proporcionar al usuario las mejoras o nuevas versiones que el proveedor lance al mercado sucesivamente.

### Elementos principales y obligaciones de las partes:

Los elementos principales en un contrato de mantenimiento son:

- Características del servicio: asistencia y corrección de errores a distancia, reparación de los errores *in situ* por un técnico.
- Tiempos de respuesta: tiempo máximo, a partir del requerimiento del cliente, en el que el proveedor ha de atender y resolver la incidencia.
- Duración: plazo de tiempo durante el cual debe prestarse el servicio.

En cuanto a las obligaciones de las partes:

- **Proveedor:** Debe mantener el software en funcionamiento, corrigiendo los errores que se produzcan; proporcionar al usuario, en su caso, las mejoras o las nuevas versiones del software.
- **Usuario:** Principalmente, abonar la cuota de mantenimiento. Frecuentemente, la cuota de mantenimiento se fija sobre un porcentaje del precio de la licencia.

## 6.2. Contrato de consultoría y formación

El proveedor del software presta al usuario el servicio consistente en **atender sus consultas sobre la selección, integración, instalación y funcionamiento del software**. Se diferencia del contrato de mantenimiento en que, en este caso, no se trata de evitar o corregir errores del software, sino de crear una solución para las necesidades del usuario y de resolver al usuario dudas sobre su funcionamiento.

Al consistir en un servicio que el usuario necesita sobre todo al inicio de usar el software, cuando todavía no lo conoce bien, es posible que este servicio quede incluido dentro de la licencia, como prestación accesoria a la instalación del programa.

Dentro del contrato de consultoría, tenemos como variante la **formación**: cuando técnicos del proveedor enseñan a los empleados del usuario el funcionamiento del software, o les imparten unos cursillos de uso.

De forma análoga a lo señalado sobre el contrato de mantenimiento, en el caso del **software libre** el servicio de **consultoría y formación** puede prestarse en régimen de libre competencia por cualquier empresa de servicios informáticos, al disponer del código fuente del programa.



## 7. Conclusiones

Mediante este módulo hemos analizado el distinto esquema de derechos, restricciones y prohibiciones que se estipulan en las licencias propietarias y libres. Asimismo, hemos visto un punto muy importante que se regula en las licencias de uso: cuales son las consecuencias en caso de que acontezca una incidencia en el software (garantías y responsabilidades). Y también hemos obtenido una referencia a una cuestión que se regula con frecuencia en las licencias de uso: la jurisdicción competente y la legislación aplicable.

De todo ello, podemos extraer las siguientes conclusiones:

- a) Las licencias de software propietario acostumbran a conceder al usuario únicamente un derecho limitado al uso del software, sujeto a múltiples restricciones.
- b) Las licencias de software propietario vedan al máximo el derecho del usuario a realizar copias del software, si bien la legislación permite a éste realizar una copia de seguridad.
- c) Salvo ciertas licencias "llave en mano" y "semi-libres", las licencias propietarias prohíben al usuario modificar el software, medida que refuerza el licenciante manteniendo en secreto su código fuente. Asimismo, suelen prohibir la redistribución del software por el usuario.
- d) Las licencias de software libre conceden y aseguran a los usuarios las libertades de uso, modificación y redistribución del software licenciado, con o sin modificaciones.
- e) De este modo, las licencias libres confieren al usuario un derecho a utilizar el software sin restricciones. Asimismo, las licencias libres permiten al usuario modificar el software, para lo cual el licenciante le proporciona –o, al menos, pone a su disposición– el código fuente. No obstante, el usuario debe respetar los anuncios de *copyright* del autor original, advertir qué ficheros ha modificado y, en suma, no debe menoscabar la reputación de dicho autor original.
- f) Las licencias libres también permiten al usuario redistribuir el software, con modificaciones o sin ellas. Si incorporan una cláusula *copyleft* (como la GNU-GPL), el usuario debe distribuir el software derivado con el mismo grado de libertad –como mínimo– previsto en la licencia del software originario. Si no incorporan esta cláusula, el usuario puede optar por redistribuir el software derivado como libre o como propietario.

- g) Los licenciantes acostumbran a incluir en las licencias exoneraciones o limitaciones de garantías y responsabilidad. En muchos casos, tales exoneraciones o limitaciones no son válidas, en especial si el usuario es un consumidor. Las licencias de software libre incorporan estas exoneraciones de garantías y responsabilidades. En principio, es válida la exoneración de garantías, salvo que el licenciante cobre por la licencia (o, claro está, por prestar la garantía) o el usuario sea un consumidor. La exoneración de responsabilidad presenta serias dudas sobre su validez, conforme al Derecho Español.
- h) Algunas licencias incorporan pactos sobre la jurisdicción competente y el Derecho aplicable, los cuales son válidos salvo cuando el usuario sea un consumidor y se le impida acudir a los tribunales de su país o a la aplicación de las normas protectoras de los consumidores de su país.
- i) Junto a muchas licencias de uso de software aparecen contratos accesorios, tales como los de mantenimiento o consultoría. Especial atención merecen estos contratos para determinadas licencias de software propietario; y para casi todo modelo de negocio basado en software libre. De existir un modelo de negocio alrededor de un software libre, aquél no se basará en la comercialización de copias de software (que los usuarios pueden obtener gratuitamente), sino en el otorgamiento de licencias de uso en conjunción con la prestación de servicios tales como de mantenimiento, consultoría o actualizaciones.