

# Las licencias de software (I)

Malcolm Bain  
Manuel Gallego  
Manuel Martínez Ribas  
Judit Rius

P08/M2114/00345



Universitat Oberta  
de Catalunya

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



# Índice

<b>Introducción.....</b>	<b>5</b>
<b>Objetivos.....</b>	<b>7</b>
<b>1. El concepto de licencia de software.....</b>	<b>9</b>
1.1. Software y soporte físico .....	11
1.2. Formas de la licencia .....	12
1.3. Software estándar, software "a medida" y "parametrizable" .....	13
1.4. Contratación "en masa" y condiciones generales .....	15
<b>2. Función jurídica y económica.....</b>	<b>17</b>
2.1. ¿Para qué se emplean las licencias de uso? .....	17
2.2. Función jurídica y económica en las licencias de software propietario/no-libre .....	18
2.3. Función jurídica y económica en las licencias de software libre .....	19
<b>3. Naturaleza jurídica y marco normativo.....</b>	<b>20</b>
3.1. Naturaleza jurídica .....	20
3.2. Marco normativo .....	23
<b>4. Elementos subjetivos: las partes en las licencias de software. ....</b>	<b>26</b>
4.1. El proveedor-licenciante del software .....	26
4.1.1. El autor o grupo de autores .....	26
4.1.2. Titular de los derechos de explotación o económicos ...	28
4.1.3. Titular del derecho a distribuir el software .....	29
4.2. Garantía de titularidad .....	30
4.3. El usuario-licenciatario. Especial referencia al usuario consumidor .....	32
4.3.1. El usuario consumidor .....	33
4.3.2. El usuario empresario o profesional .....	35
4.4. Posición de los sujetos intervinientes en las licencias de software libre .....	35
<b>5. Elementos objetivos en las licencias de software.....</b>	<b>39</b>
5.1. Plazo .....	39
5.2. Precio .....	42
<b>6. Aceptación de las licencias de software. Licencias     <i>shrink-wrap</i> y <i>click-wrap</i>.....</b>	<b>45</b>
6.1. Licencias <i>shrink-wrap</i> y <i>click-wrap</i> ; discusión sobre su validez .....	45

---

6.2. Aceptación de las licencias de software libre: la GNU-GPL .....	49
<b>7. Conclusiones.....</b>	<b>51</b>

## Introducción

En los módulos anteriores, hemos conocido cómo las legislaciones de los distintos países conceden a quienes desarrollan software unos derechos de autor, en exclusiva, sobre el mismo. De este modo, el titular de los derechos sobre el software dispone de derechos en exclusiva de orden moral y de orden económico: es el único que puede usar, modificar o distribuir el software, **y es el único que puede autorizar a terceros** el uso, modificación o distribución del software.

Vamos a ver en este módulo cómo la "**licencia de uso**" es el instrumento legal que suelen emplear los desarrolladores de software para distribuirlo a terceros, que pasarán a ser sus **usuarios-licenciarios**. Veremos que se trata de un contrato, puesto que consiste en un acuerdo de voluntades entre proveedor de software y usuario (si bien en países anglosajones se sostiene que la licencia podría concederse también de forma unilateral). Esta licencia de uso se emplea para distribuir tanto el software no-libre como el software libre, y tanto para distribuir el software especializado como el software en masa.

Para entender la importancia de la licencia de uso en la distribución de software, analizaremos su "**función jurídica y económica**", es decir, la razón de ser de la licencia de uso: la concesión de derechos e imposición de obligaciones. Abordaremos asimismo el tema de la "**naturaleza jurídica**" para situar qué tipo de contrato es la licencia de uso (y así poder interpretar correctamente sus términos), y por lo tanto, qué marco normativo le es de aplicación.

Al analizar con más detalle las licencias de software, merece especial consideración estudiar sus **elementos subjetivos** o personales: quiénes son las partes de la licencia de software. Por un lado, tenemos al **proveedor-licenciante**, que concede –como mínimo– un derecho de uso sobre el software al usuario-licenciario. Por otro lado, tenemos al **usuario-licenciario**, que adquiere tal derecho de uso –y a veces adquiere además el derecho de modificación y/o el de distribución–, abonando o no un precio por ello.

Junto al análisis de las partes de la licencia de software, nos ocuparemos de la llamada *garantía de titularidad* que ha de prestar el proveedor-licenciante: asegurar y responsabilizarse frente al usuario de que éste obtiene la licencia de alguien facultado legalmente para concederla, sin infringirse por ello derechos de autor de terceros. También veremos la importancia específica que, en las licencias de software libre, tiene el respeto al reconocimiento y la reputación del autor original del software.

Proseguiremos con el examen de dos de los principales **elementos objetivos** de toda licencia de software, como son el *plazo* y el *precio*, haciendo especial hincapié en el caso de las licencias de software libre.

Además, abordaremos un punto importante en las licencias de uso de software, cual es su formación y el inicio de su vigencia, momento que se identifica con la **aceptación** de las cláusulas de la licencia por parte del usuario. Nos centraremos en los problemas de validez legal de las licencias *shrink-wrap* y *click-wrap*, así como también en los problemas de validez legal que comportan las cláusulas sobre "aceptación" en la licencia GNU-GPL, licencia de software libre por antonomasia.

## Objetivos

Con este módulo de aprendizaje, el estudiante alcanzará los objetivos siguientes:

1. Conocer el concepto de *licencia de software*, su carácter de contrato entre dos partes (proveedor del software-licenciante y usuario-licenciatario) y analizar las diversas formas que puede adoptar.
2. Comprender las razones por las que la licencia de software es el instrumento legal que se emplea habitualmente para distribuir programas informáticos, sean propietario no-libre o libre: su función económica y jurídica.
3. Analizar la "naturaleza jurídica" de la licencia de software: un contrato *sui generis*, sin una ley que lo regule por completo, y al que se le pueden aplicar –por analogía– normas que regulan ciertos contratos tradicionales. Además, se analizarán las principales normas jurídicas (leyes, reglamentos, etc.) que son de aplicación a la licencia de software: su marco normativo.
4. Conocer los elementos subjetivos o personales de una licencia de software: el proveedor-licenciante y el usuario-licenciatario.
5. Ver en qué consiste la denominada *garantía de título o titularidad*.
6. Analizar dos elementos objetivos esenciales de las licencias de software: el plazo y el precio.
7. Comprender la importancia de la "aceptación" del usuario como el momento en el que la licencia pasa a ser un contrato vinculante entre las partes. En este sentido, analizaremos las licencias *click-wrap* y *shrink-wrap*, así como sus posibles problemas de legalidad y la trascendencia de la aceptación en el caso de la licencia libre GNU-GPL.





## 1. El concepto de licencia de software

Por *licencia de software* entendemos el **contrato** que establece **los términos y condiciones** en virtud de los cuales el autor o titular de los derechos de explotación de un programa informático (al que llamaremos "el licenciante", "titular del software" o "proveedor del software") **permite la utilización de dicho programa** a otra persona (al que llamaremos "el licenciataro o usuario").

Decimos que la licencia de software es un contrato, porque consiste en un acuerdo entre dos partes: el proveedor del software y el usuario. Sin embargo, casi nunca se trata de un contrato que se negocie de tú a tú entre ambos. Normalmente, es el proveedor del software quien previamente estipula de forma unilateral los términos y las condiciones de la licencia, como contrato de "adhesión". El usuario no puede negociar con el licenciante las condiciones de la licencia, sino que sólo puede limitarse a aceptarlas o a rechazarlas.

### Licencia: un contrato, un permiso

En la práctica solemos emplear el término *licencia* en dos sentidos: tanto para referirnos **al contrato** de licencia de software (así, por ejemplo, hablamos de "aceptar los términos y las condiciones de la licencia"), como **al permiso, autorización o derecho** que se concede al usuario a utilizar un software por parte del titular de sus derechos de autor exclusivos (así, por ejemplo, hablamos también de "tener licencia para utilizar un software").

De hecho, este doble significado del término *licencia* tiene consecuencias prácticas y da lugar a ciertas controversias. Y ello es así porque en el **derecho anglosajón** (Estados Unidos y Reino Unido) cabe la posibilidad de que las licencias de software sean tanto:

- a) Un **contrato**, en el que, además de los términos y las condiciones de uso del software por parte del usuario, pueden estipularse otros pactos accesorios, tales como obligaciones de confidencialidad, responsabilidad, tribunales competentes para resolver los conflictos que surjan de la licencia, etc.
- b) Una **declaración unilateral** del licenciante, por la que autoriza el uso del software a los que cumplan y respeten ciertas condiciones y límites, de conformidad con la ley de derechos de autor que sea aplicable. En este caso, no se necesita la aceptación expresa del licenciataro; por ello, la licencia sólo puede referirse exclusivamente al derecho de uso del software

(y no debe regular pactos accesorios salvo como condición de ejercicios de los derechos concedidos).

Sin embargo, en el **derecho de la Europa continental**, en el que se encuentra el derecho español, no es posible conceder licencias de uso de forma unilateral. Sólo cabe entender la licencia como un contrato, cuyo contenido es aceptado por ambas partes (licenciante y licenciatario), porque precisamente la aceptación es el medio por el que el usuario-licenciatario quedará obligado a usar el software respetando los límites y las restricciones, tanto los previstos por la ley como los que exija el proveedor.

Las licencias de software tienen como objetivo principal, por lo tanto, estipular los derechos que el proveedor concede al usuario sobre el software (qué puede hacer con el software), así como las limitaciones y las prohibiciones que debe respetar el usuario (qué no puede hacer con el software).

Además, las licencias regulan otros aspectos, como los siguientes:

- Número de copias y/o licencias que se otorgan.
- Modo de entrega e instalación del software.
- Posible período de instalación y pruebas de aceptación por el usuario.
- Duración de la licencia (limitada, prorrogable o indefinida).
- Precio de la licencia (pago de una sola vez o en cuotas periódicas).
- Período de garantía,
- Responsabilidades y las limitaciones de responsabilidad del licenciante.
- Ley aplicable y los tribunales competentes en caso de litigio derivado de la licencia.

#### **Nota**

En esta unidad centraremos nuestro análisis en las licencias de uso de software estándar, ya sea parametrizado o no a las necesidades del usuario. Aunque parezca que dejamos de lado los "contratos de desarrollo" (por los que un programador recibe el encargo de un cliente de desarrollar un software a la medida de éste), debemos tener en cuenta que dichos contratos suelen venir acompañados de una licencia accesoria en favor del cliente. En tal caso, a esa licencia accesoria al "contrato de desarrollo" también le será de aplicación lo que expliquemos en esta unidad.

#### **Licencias de software no-libre o "propietario" y licencias de software libre**

Sea o fuese propietario o software libre, éste se acostumbra a distribuir mediante un mismo instrumento legal: la **licencia de uso**. Las diferencias entre el software propietario y el software libre se manifiestan en unas licencias de uso totalmente diferentes en su contenido, en particular los derechos que el proveedor concede al usuario sobre el software:

- a) Las **licencias de software propietario** suelen restringir al máximo los derechos del usuario, que se reducen a una facultad limitada de usar el software y a poder realizar una copia de seguridad del mismo. Se prohíbe al usuario la copia, la modificación o la redistribución del software, y se le entrega sólo una copia de éste en código objeto.

- b) Las **licencias de software libre** recogen una amplia gama de libertades para el usuario, como el libre uso, la copia, la modificación y la redistribución. Además, el proveedor proporciona o pone a disposición del usuario el código fuente.

En el módulo 6 analizaremos con detalle el contenido de las licencias libres.

A continuación, comentamos algunos conceptos generales sobre las licencias de software, antes de analizar su función y naturaleza jurídica: los derechos sobre el soporte, las formas de las licencias y adecuación a los modelos de distribución de software (propietario o libre) en masa.

### 1.1. Software y soporte físico

Sabemos que el software como tal es un bien inmaterial e intangible. Quien pretenda utilizarlo, debe hacerlo instalándolo y ejecutándolo previamente en un elemento hardware (generalmente, un ordenador). Habitualmente, el proveedor del software lo distribuye proporcionándolo al usuario por medio de un soporte físico (preinstalado en el disco duro, en disquetes o en CD-ROM) que permite su instalación y/o ejecución en el equipo hardware. No obstante, con la aparición de Internet, el soporte físico ya no es imprescindible para distribuir un software, dada la posibilidad de descargar programas en línea (a través de la World Wide Web, de redes *peer to peer network*, etc.).

#### Derechos sobre el soporte físico

El software (bien inmaterial u obra intelectual) se distingue del soporte en el que se contiene (bien material).

Un dato importante que debemos tener bien claro: aunque el usuario adquiera una copia de un programa de ordenador sujeto a una licencia que le permita quedarse con el soporte (otras licencias pueden obligarlo a devolverlo o a destruirlo al final de su vigencia), en todo caso **sólo "compra" la propiedad del soporte** (por ejemplo, el CD-ROM o el DVD). Sin embargo, **respecto al software únicamente adquiere el derecho a utilizarlo (la licencia de uso)**, una vez que acepte los términos y condiciones de la licencia.

De este modo, durante la vigencia de la licencia de uso o al finalizar ésta, el usuario podría dar o vender el soporte físico, pero siempre que hubiera borrado el software del soporte. Igualmente, comprar el soporte no significa automáticamente tener derecho a utilizar el programa, pues el usuario debe aceptar antes la licencia.

Sobre este aspecto, la Ley de Propiedad Intelectual (LPI) prevé una regla, aplicable a obras literarias o audiovisuales, pero también al software:

"El adquirente de la propiedad del soporte a que se haya incorporado la obra no tendrá, por este solo título, ningún derecho de explotación sobre esta última" (art. 56.1).

## 1.2. Formas de la licencia

La licencia de software puede adoptar varias formas. La forma suele depender del modo en que se distribuye el programa y, en concreto, del soporte por medio del cual el proveedor proporciona la copia del software al usuario, como acabamos de comentar.

La LPI exige un solo requisito de forma para las licencias de software, y es que deben formalizarse **por escrito**.

Artículo 45 LPI establece que toda cesión de los derechos de explotación de una obra literaria, artística o científica (también el software), incluida la mera cesión del derecho de uso, "**deberá formalizarse por escrito**".

Por tanto, no son válidas las licencias de software que se otorguen verbalmente. La exigencia de que conste por escrito se debe, en principio, a la necesidad de otorgar tanto al licenciante como al licenciatarario cierta protección y seguridad jurídica.

Por "forma escrita" no hemos de entender sólo la licencia que se recoja en formato papel. También es válida la licencia que conste por escrito en **soporte electrónico**, como un archivo de texto.

### Contratos por vía electrónica

El artículo 23 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSI) ha dado plena carta de validez a los contratos –entre ellos la licencia de software– celebrados por vía electrónica:

"Los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurran el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez (...)

"Siempre que la Ley exija que el contrato o cualquier información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico".

Como **formas típicas** de una licencia de software tenemos:

#### a) Documento en papel

- Ambas partes (proveedor y usuario) firman un contrato de licencia. Esta forma es propia de licencias de programas con destino a empresas o profesionales, sobre todo cuando el programa requiere ciertos ajustes para la "personalización" o "parametrización" a las necesidades del cliente.
- Las cláusulas de la licencia se incorporan dentro del envoltorio que contiene el software. Esta forma es propia de licencias de programas comercializados en masa y para uso doméstico, que se distribuyen en soporte

físico de CD-ROM o DVD, lo que ha dado lugar a las licencias denominadas *shrink-wrap*.

## b) Archivo electrónico

Puede tratarse de un archivo electrónico de **tipo texto** (.doc, .txt o similar) o parte de un **ejecutable**. Al principio o hacia el final de la instalación del software, suele aparecer un mensaje en la pantalla del ordenador solicitando al usuario que lea el contenido de la licencia. Para que el usuario finalice el proceso de instalación y pueda ejecutar el software, se requiere que acepte las condiciones de la licencia, cliqueando sobre una casilla con la expresión "aceptar", "acepto las condiciones de la licencia" o similar.

Esta forma es propia de software que se distribuye por Internet, y da lugar a las licencias denominadas *click-wrap*.

### 1.3. Software estándar, software "a medida" y "parametrizable"

Sabemos que la mayor parte del software (al menos el que tiene mayor difusión) no lo crea un programador independiente para su uso exclusivo o el de unas pocas personas. Lo crean empresas programadoras que precisamente desarrollan y distribuyen software cuya utilidad y aplicaciones confían que han de satisfacer las expectativas y las necesidades de multitud de usuarios. Se trata de un software "estándar" o "en serie" que evoluciona según las necesidades de los usuarios y la creatividad de sus desarrolladores.

El objetivo de las empresas desarrolladoras de software estándar (con o sin adaptaciones a necesidades particulares del usuario) es distribuir el software al mayor número de usuarios posible para obtener su máxima divulgación y, por qué no, los máximos beneficios económicos. Se dice, por lo tanto, que este software se comercializa o distribuye "**en masa**".

#### Software estándar

El negocio para la empresa creadora del software presupone que su software estándar es más que suficiente para cubrir las necesidades de los usuarios que lo adquieren. A los usuarios, por su parte, les es mucho más económico adquirir una licencia de software estándar que encargar a un programador que les haga, por ejemplo, un procesador de textos "a medida".

Por lo que respecta al **software libre**, se trata igualmente de un software "estándar", cuyo autor original también pretende que se divulgue entre el mayor número posible de usuarios. Además, está dispuesto a que los usuarios modifiquen el software, lo adapten, lo mejoren e incluso lo redistribuyan con sus propias modificaciones.

#### Modelos de negocio

En caso del "tradicional" software propietario, los ingresos son mayores cuantas más copias del programa se consigue comercializar, a cambio de una remuneración económica.

En el software libre o bien el autor no persigue obtener un beneficio económico (sino que pone el software a disposición de los usuarios por motivos altruistas, por conseguir reputación en la comunidad, etc.), o bien, si pretende obtener beneficios económicos, es mediante un **modelo de negocio alternativo**. A grandes rasgos, podemos decir que, de la obtención de ingresos por la venta de copias de software (software propietario), el negocio del software libre se desplaza, en su caso, a la prestación de servicios sobre éste, tales como los de actualización o mantenimiento.

Por otro lado, cuando un programador o una empresa programadora crean un nuevo software **por encargo de un cliente**, adaptado y personalizado, que debe satisfacer las instrucciones y las necesidades exclusivas de ese cliente, la relación contractual entre ambas partes se regula por un "**contrato de desarrollo de software**". En el Derecho Español, este contrato se encuadra en la categoría tradicional de los "contratos de arrendamiento de obra" (regulados por los artículos 1588 a 1600 del Código Civil).

### **Contrato "a medida"**

Una de las cláusulas más importantes en un contrato de desarrollo de software es la que determina a quién le corresponde la propiedad del software creado por el programador por encargo del cliente:

- Si se atribuye al **cliente**. En tal caso el programador (autor del software) cede los derechos de explotación al cliente.
- Si se atribuye al propio **programador**. En tal caso, para que el cliente pueda utilizar el software, el contrato de desarrollo prevé que el programador conceda al cliente una **licencia de uso**.

También puede ser que el programador conserve en su poder aquella parte del software que emplea genéricamente en sus desarrollos (licenciándola al cliente) y que ceda los derechos de explotación sobre la parte verdaderamente "parametrizada" para el cliente.

Asimismo, en muchos casos (software con aplicaciones especializadas, destinado a profesionales) sobre un código o base genérica se pueden realizar algunas adaptaciones a las necesidades particulares de cada cliente. El proveedor dispone de un software "núcleo", que proporciona al cliente tras efectuar ciertas adaptaciones en el código fuente (**customizaciones**, también conocidas como "modificaciones" en sentido estricto) o cambios de parámetros ("**parametrizaciones**", también conocidas como "extensiones") a las necesidades del usuario. Pensamos en ERP como SAP, Peoplesoft o Compiere, o software de gestión documental como Documentum o Alfresco. El software adaptado a las necesidades del cliente es, evidentemente, un software más complejo y de precio elevado, destinado a empresas y a profesionales. Su contrato de desarrollo (y la correspondiente licencia de uso, tanto propietaria como libre) será también más complejo.

### **Llaves en mano**

En el caso del software estándar, pero adaptado a necesidades particulares del usuario, la licencia de uso acostumbrará a ser de las denominadas de "llaves en mano". En este tipo de licencias, no sólo se confiere un derecho de uso sobre el software al usuario, sino que también se pacta expresamente una garantía o un resultado concreto en favor de éste, es decir, el software satisface las necesidades concretas del usuario-licenciatario. La licencia "llaves en mano" puede, en principio, recaer tanto sobre software propietario/no-libre como libre.

En estas licencias "llaves en mano", aunque el software pueda ser propietario, el hecho de que incorpore adaptaciones que se adecuen a las necesidades del usuario puede suponer también que el usuario-licenciatario tenga un derecho limitado a modificar el software y

de acceso al código fuente; en particular, para crear, modificar o suprimir las *customizaciones* o parametrizaciones mencionadas.

La licencia de software es propia de todo tipo de software, tanto "estándar" (una pluralidad indeterminada de usuarios), como "a medida" (previo encargo de un cliente), como "parametrizado". En cada caso, el titular del software original (y de las modificaciones o parametrizaciones) deberá conceder derechos de uso al usuario. La diferencia reside en que para "software estándar", se usa una licencia de adhesión "estándar" (la EULA de Microsoft Windows o la GPL), mientras para "software a medida" o "parametrizado" suele haber una negociación entre las partes sobre las condiciones legales de uso.

#### 1.4. Contratación "en masa" y condiciones generales

Como veíamos antes, la licencia de software consiste en un contrato con dos partes. Sin embargo, casi siempre es una de ellas (el proveedor del software o licenciante) quien estipula unilateralmente los términos y las condiciones de la licencia. El usuario en tal caso no puede negociar con el licenciante las condiciones de la licencia, sino que sólo puede limitarse a aceptarlas o a rechazarlas. Esto es una consecuencia lógica al tratarse de un software estándar, destinado a distribuirse "**en masa**", sea o no para obtener un beneficio económico.

El proveedor del software, evidentemente, ni puede ni quiere negociar los términos de la licencia con cada uno de los centenares o miles de usuarios, sino al contrario: quiere que todos ellos utilicen su software conforme a unas mismas condiciones impuestas por él mismo. Evidentemente, si el usuario no acepta las condiciones, no adquirirá la licencia y, por lo tanto, no podrá utilizar el software.

Cuando el proveedor del software impone a todos los usuarios unos mismos términos y condiciones de la licencia de software, que éstos sólo pueden aceptar (si desean utilizar el software) o rechazar, se habla de un "contrato de adhesión" y se dice que emplea **condiciones generales**.

En algunas ocasiones, las licencias cuentan también con **condiciones particulares**, que se aplican solamente a una relación contractual en particular: por ejemplo, si la licencia contiene alguna cláusula sobre adaptación (*customization*) o "parametrización" a las necesidades específicas que un usuario en concreto haya planteado al proveedor.

El empleo de condiciones generales está sujeto al cumplimiento de ciertos requisitos legales. En España, como en el resto de estados de la Unión Europea, rigen unas leyes sobre las condiciones generales en los contratos que intentan proteger la posición del contratante que se "adhiera" a las condiciones frente a posibles abusos del empresario o profesional que las impone.

Como **requisitos principales**, se exige que las condiciones generales:

- a) Se redacten con concreción, claridad y sencillez.
- b) La parte adherente debe tener la oportunidad de haberlas conocido antes de aceptar el contrato.
- c) La parte que las imponga no puede beneficiarse de una redacción no clara o ambigua: en caso de duda sobre su interpretación, la cláusula se interpretará en el sentido favorable al adherente.
- d) Si una condición general tiene un contenido incompatible con una condición particular, prevalece la condición particular.
- e) Además, si el adherente es consumidor, como veremos, algunas cláusulas se consideran **abusivas** y no se pueden imponer por entenderse que son injustas y desproporcionadamente desfavorables para el consumidor.



## 2. Función jurídica y económica

Una vez definida la licencia de uso de software, nos podemos preguntar:

- ¿Para qué se emplean las licencias de uso de software?
- ¿Por qué la licencia de uso es el medio o instrumento legal habitual por el cual los proveedores distribuyen el software a los usuarios?

### 2.1. ¿Para qué se emplean las licencias de uso?

Las licencias de uso se emplean para conceder derechos a los usuarios e imponer limitaciones al uso del software. Resultan un buen instrumento legal para gestionar los derechos del propietario del software, a la vez de favorecer su difusión (con ánimo de lucro o no) a los usuarios.

Ante todo, podemos encontrar una explicación simple al hecho de que la licencia de uso sea el contrato habitual elegido por los proveedores del software: **es el contrato que mejor protege sus derechos y que más favorece sus intereses.**

La licencia de uso de software se ha revelado como un instrumento legal adecuado para tal fin habida cuenta determinadas **características singulares** que presenta el software respecto de otros bienes y servicios, tanto:

- Técnicas:** Se trata de un bien inmaterial o intangible (creación del intelecto humano) del que se pueden realizar múltiples copias de igual calidad; es modificable, dando lugar a versiones derivadas y, de hecho, evoluciona continuamente y con rapidez.
- Jurídicas:** El software es objeto de derechos exclusivos de autor, que la ley concede a los que lo desarrollan (éstos pueden autorizar en exclusiva su uso, copia, modificación o distribución), no teniendo obligación legal alguna de divulgar el código fuente.

Teniendo en cuenta estas características del software, veremos que las funciones jurídica y económica de las licencias de software difieren según si se trata de licencias de software no-libre "tradicional" o de una licencia de software libre.

## 2.2. Función jurídica y económica en las licencias de software propietario/no-libre

Las empresas que desarrollan **software propietario o no libre** se benefician al máximo, precisamente, de los derechos exclusivos de explotación que les concede la legislación sobre derechos de autor. Cuando se persigue obtener el máximo rendimiento económico de un software propietario, las empresas programadoras basan su modelo de negocio en la comercialización de copias, cuantas más mejor.

Por ello, las licencias de software propietario tienen tradicionalmente **un contenido y un alcance restrictivos** en relación con las facultades que sobre el software se concede al usuario, y son muy protectoras de los derechos en exclusiva del autor.

De este modo, el proveedor permite el uso del software al usuario, pero con muchas limitaciones; además, le prohíbe modificar y redistribuir el software, derechos que se reserva para sí. Estas **restricciones** le sirven para poder **maximizar sus ingresos por la comercialización de copias**.

En este sentido, los proveedores de software propietario pretenden mantener a toda costa la exclusividad y el control sobre la comercialización de las copias del software que desarrollan. No quieren que un usuario sea "propietario" de una copia del software, sino un simple facultado para usarlo, porque si fuera propietario podría revender libremente su copia por agotamiento de sus derechos (ver el módulo 2). Por ello, los proveedores de software no venden una copia de software al usuario, sino que solamente le permiten utilizar el software mediante una licencia. Solamente conceden el derecho a usarlo, pero el único propietario de la copia del software sigue siendo el proveedor.

Las licencias de software propietario suelen prohibir o restringir al usuario el derecho de ceder su copia a otro usuario (salvo las licencias de software gratuito o *freeware*, software compartido o *shareware*, y otras excepciones): ni venderla, ni regalarla, ni alquilarla o prestarla a un tercero.

Por otra parte, las restricciones de modificación del software al usuario, junto con la negativa a proporcionarle el código fuente, son también importantes para los intereses del proveedor de software propietario, ya que impide o dificulta que otros puedan plagiar el programa y crear otro con prestaciones idénticas. Por otro lado, frecuentemente se reserva la exclusividad en la prestación de servicios de actualización o mantenimiento, por los que también cobra a los usuarios.

### 2.3. Función jurídica y económica en las licencias de software libre

El software libre también se viene divulgando y distribuyendo a los usuarios por medio de licencias de uso. Ello, a pesar de que el proveedor del software, cuando decide distribuirlo como libre o bien no persigue un beneficio económico, o si lo persigue, no lo va a obtener por la comercialización de copias, sino siguiendo un modelo de negocio distinto (la prestación de servicios sobre el software).

De una forma un tanto paradójica, las licencias de software, que tradicionalmente se han empleado para restringir al máximo los derechos del usuario, resultan también un medio adecuado para garantizar a los usuarios de software libre sus derechos sobre el mismo.

En el software libre, las licencias cumplen la misma función pero con una finalidad totalmente distinta. Se emplean para conceder derechos y establecer obligaciones, pero no para proteger derechos exclusivos del proveedor o para lograr que se comercialice el mayor número de copias posible, sino para **conceder y asegurar a los usuarios las libertades de uso, modificación (adaptación y mejoras) y redistribución.**

Así pues, las licencias de software libre conceden muchos más derechos al usuario y, por el contrario, sus restricciones y prohibiciones son mucho menores que las típicas de las licencias de software propietario. Es más, dichas restricciones consisten más bien en "condiciones" para el ejercicio del usuario de los derechos que se le confieren; condiciones que no pretenden proteger derechos de explotación exclusivos del proveedor, sino preservar su reputación y garantizar que todos los usuarios podrán beneficiarse de dichas libertades, impidiendo así posibles intentos de apropiación del software.

#### Ejemplos de restricciones en las licencias de software libre

En el caso de la GNU-GPL, se exige a los usuarios que redistribuyan el software (con o sin modificaciones), que lo hagan bajo la misma licencia y que proporcionen el código fuente o lo pongan a disposición. Nada que ver, por lo tanto, con las estrictas prohibiciones de modificar, copiar o ceder la copia de un software propietario.

En particular, al distribuir el software libre mediante licencias de uso:

- a) Se otorga a los usuarios los derechos "básicos" de reproducción, modificación, comunicación pública y distribución.
- b) Por la obligación de acompañar el software con una copia de la licencia y el aviso de autoría, se impide que alguien **intente apropiarse del software libre**, permitiendo reconocer en todo momento quién es el autor del software y preservar su reputación.

### 3. Naturaleza jurídica y marco normativo

#### 3.1. Naturaleza jurídica

Hemos visto en esta unidad que la licencia de uso de software es un contrato. Ahora bien, **¿qué tipo de contrato?**, y **¿qué leyes se aplicarán?**

La naturaleza jurídica del contrato de licencia de software consiste en determinar si dicha licencia se ha de equiparar o no a alguno de los contratos "clásicos". Es decir, si cuando un proveedor de software concede una licencia a un usuario, debemos entender que nos encontramos ante un contrato equivalente, por ejemplo, a una compraventa, un arrendamiento o una prestación de un servicio. O bien, si se trata de un contrato completamente independiente, *sui generis*, que no tiene nada que ver con otro tipo de contratos.

##### Naturaleza jurídica del contrato de licencia de software

El **contrato de compraventa** consiste en que el vendedor entrega una cosa (y la propiedad de la misma) al comprador, a cambio de que éste le abone una cantidad de dinero (precio) determinada.

Por su parte, el **arrendamiento o alquiler** consiste en la cesión temporal por el arrendador del derecho a usar una cosa de su propiedad a favor del arrendatario; éste abona a cambio cierta cantidad de dinero (normalmente en forma de renta o pagos periódicos) y al finalizar el contrato debe devolver la cosa al arrendador.

En el supuesto de aquellas licencias que se conceden de forma gratuita (en algunos casos de software propietario, como el *freeware*, *shareware*, etc., y en gran parte de software libre), la cuestión se centra en determinar si la licencia de uso de software se puede equiparar a un **préstamo** (cesión temporal de una cosa, de forma gratuita) o a una **donación**.

Cuando el software se adapta o parametriza a las necesidades del usuario, también podemos asimilarlo a la **realización de una obra o prestación de servicio**.

En este sentido, **la opinión mayoritaria actualmente considera que la licencia de software se trata de un contrato *sui generis*, atípico, distinto de cualquier otro contrato (como la compraventa, el arrendamiento de cosas, préstamo, donación, prestación de servicios, etc.).**

Como contrato atípico, no hay ninguna norma jurídica (al menos en España ni en el conjunto de la Unión Europea) que se encargue de regular de manera específica y completa las licencias de uso de software, a diferencia de los contratos "clásicos", que sí que se regulan por ley.

##### Licencia de software

Con relación al **contrato de compraventa**, sabemos precisamente que conceder una licencia de software tiene como uno de sus motivos principales evitar que pueda hablarse de "venta" del software (hablamos aquí de software "propietario"). Con ello, el licenciante conserva en todo momento los derechos de propiedad sobre el software y el control sobre

la copia y la distribución de éste. Es decir, deja bien claro al usuario que no le "vende" el software, sino que únicamente le permite ciertos usos limitados del mismo.

Tampoco puede asimilarse por completo la licencia de software a un **arrendamiento** (alquiler): en muchos casos, la licencia se concede por tiempo indefinido, mientras que en los arrendamientos se establece necesariamente un plazo de tiempo determinado para usar la cosa alquilada. Y aun en los supuestos en los que la licencia de software se concede por un plazo determinado, lo que el licenciente permite al usuario-licenciatario son derechos limitados sobre un bien inmaterial como es el software, mucho menores que los que se suelen conceder en un arrendamiento.

Además, cuando finaliza un contrato de arrendamiento, el arrendatario ha de devolver la cosa arrendada al arrendador. En el caso de las licencias de software, si bien a veces se exige que el usuario devuelva la copia al licenciente al finalizar el contrato, en muchas ocasiones el usuario nada ha de devolver, sino destruir, borrar y/o desinstalar definitivamente el programa.

En el caso de **programas shareware** o **demos**, la licencia podría asimilarse a un préstamo, si bien la equiparación tampoco puede ser absoluta: no se cede una cosa sino un derecho, y posiblemente no se deba devolver físicamente nada al licenciente al finalizar el período de vigencia (sino borrar el programa, e incluso éste queda a veces automáticamente deshabilitado).

En los supuestos de licencias de **programa freeware** o de **software libre** que se concede gratuitamente, podrían asimilarse a una **donación**: se permite el uso (un derecho, no una cosa) de un software, de forma gratuita, de forma indefinida. En todo caso, podría tratarse de **donaciones modales** (cuando se regala algo a alguien, pero a cambio el beneficiado debe cumplir una condición o gravamen), porque tales licencias siempre imponen ciertas condiciones al licenciatario, como por ejemplo la cláusula *copyleft*.

No obstante, las antiguas normas del Código Civil sobre donaciones, que datan del siglo XIX, difícilmente podrán ser adecuadas y suficientes a las situaciones que plantea una licencia de uso de software.

Esto conlleva que a la licencia de software no le sean aplicables automáticamente las normas propias de otros contratos. La licencia de software se registrará ante todo por lo pactado entre las partes y por las normas generales sobre obligaciones y contratos. En todo caso, siempre le serán de aplicación determinadas leyes y demás normas:

- a) **Imperativas:** Aquellas normas que rigen obligatoriamente entre licenciente y licenciatario en cualquier caso. Si en el contrato de licencia han pactado una cláusula contraria a una norma imperativa que le sea aplicable, p.e.: prestar una garantía esa cláusula será nula.
- b) **Dispositivas:** Aquellas normas que rigen entre licenciente y licenciatario para el caso de que no hayan pactado otra cosa distinta en el contrato de licencia. Por ejemplo, si no se pacta expresamente en el contrato una cláusula de exclusividad, por ley se entiende (artículo 99 LPI) que la licencia se concede al licenciatario sin derecho de exclusividad.

No obstante, si bien la opinión mayoritaria considera las licencias de software como un contrato *sui generis*, que se regirá fundamentalmente por lo pactado entre las partes, por las normas genéricas aplicables a todos los contratos y por las normas sobre derechos de autor, también se afirma que, **según cada caso concreto**, podrán aplicarse (puntualmente) algunas de las normas que regulan la compraventa, el arrendamiento de cosas o de obra, el préstamo, la donación, la prestación de servicios, etc.

Ello sería, como decimos, no con carácter general, sino para supuestos puntuales y por **aplicación "analógica"** de dichas normas: para resolver aquellas controversias que deriven de aspectos no regulados en la propia licencia, o bien que se hayan regulado por unas cláusulas contractuales ambiguas, difíciles de interpretar, o bien porque una cláusula de la licencia se considere nula porque vulnera una norma imperativa (por ejemplo, si cabe aplicar a las licencias de software la normativa sobre garantías en materia de compraventa).

La aplicación, por analogía, de las normas que regulan un contrato u otro dependerá de **las circunstancias concretas de cada caso**: algunas licencias de software se asemejan más a una compraventa (software comercializado en masa), otras a un arrendamiento o a una prestación de servicios (software parametrizado), otras a una donación o a un préstamo (software distribuido gratuitamente).

- Compraventa. Así, tanto en España como en otros países (Reino Unido, Estados Unidos) hay tribunales que han resuelto litigios sobre licencias de software por aplicación analógica de las normas que regulan la compraventa (por ejemplo, sobre las garantías del vendedor respecto al buen estado y funcionamiento de la cosa vendida). En especial, se dice que las normas sobre contratos de compraventa pueden aplicarse analógicamente a aquellas licencias de software estándar (en masa) que por sus términos y condiciones se asemejen más a una compraventa (precio fijo, tiempo indefinido), sin llegar a serlo.
- Arrendamiento. En otros supuestos, podrán considerarse de aplicación analógica normas puntuales relativas a los contratos de arrendamiento o de prestación de servicios (por ejemplo, la garantía de que la cosa arrendada es propiedad del arrendador, por lo que ningún tercero podrá impedir al arrendatario usar la cosa). Pensemos en aquellas licencias de software creado por el licenciante, pero adaptado –parametrizado– a las necesidades del usuario.
- Donación. Cuando las licencias se conceden gratuitamente (caso de las licencias de software libre, en general) podrán considerarse de aplicación analógica las normas que regulan la donación o el préstamo.

También hemos de tener en cuenta que la LPI sí que regula, al menos en parte y de forma indirecta, el posible contenido de un contrato de licencia de uso de software, con preferencia a la aplicación o no de otras normas. Como analizaremos más adelante, la LPI contempla la serie de normas sobre los derechos exclusivos de los licenciantes respecto al software, sobre el modo de ceder tales derechos y sobre determinadas facultades, prohibiciones y límites que puede imponer o no al usuario-licenciatario.

### 3.2. Marco normativo

Sabemos que el software se halla protegido fundamentalmente por las normas que regulan los derechos de autor. Por lo que respecta a las licencias de uso, en concreto, hemos expuesto anteriormente que no existe una norma que regule por completo el contenido al que han de ajustarse; sin embargo, según las circunstancias y los pactos particulares de cada licencia de uso, podrán serles de aplicación analógica las normas que regulan otros contratos.

Por lo tanto, nos preguntamos: ¿qué leyes y qué normas se aplican a las licencias de uso de software? Es decir, ¿cuál es su régimen legal o marco normativo? Determinar el marco normativo aplicable a una licencia de uso es importante, tanto las **normas imperativas** (de aplicación obligatoria, prevaleciendo incluso por encima de las cláusulas de la licencia), como las **normas dispositivas** (de aplicación sólo en caso de que no exista ninguna cláusula de la licencia que rijan el mismo punto).

Por *marco normativo* entendemos el conjunto de normas jurídicas (convenios internacionales, leyes, reglamentos, etc.) que son de aplicación a los contratos de licencia de software. En cada país, el marco normativo aplicable varía. En este apartado nos centraremos en las normas aplicadas en España a las licencias de software.

No obstante, cabe precisar que el régimen jurídico en España es sustancialmente idéntico al del resto de Estados de la Unión Europea, por cuanto gran parte de las leyes españolas que se citan a continuación son adaptación de Directivas de la Unión Europea.

#### Directivas europeas

Las Directivas consisten en normas que la Unión Europea dicta a sus Estados miembros para que unifiquen su régimen jurídico respecto a una determinada materia (aprobando nuevas leyes reformando las existentes). Por lo tanto, las leyes que se promulgan en España a consecuencia de una directiva de la Unión Europea tienen un contenido muy similar a las leyes correspondientes en los otros Estados de la Unión Europea. Ejemplos son:

- Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.
- Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior.

Como hemos visto en el módulo 2, la norma de aplicación principal a las licencias de software en España es la **Ley de Propiedad Intelectual** (Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia LPI). Cabe destacar, de la misma, el título VII d.la asignatura I (artículos 95 a 104), relativos a los "pro-

gramas de ordenador". Si bien esta ley no regula directamente las licencias de uso, regula los derechos –exclusivos– que tienen los autores de un software sobre dicho programa.

La LPI prevé que el autor o, en general, el proveedor del software pueda ceder el uso del programa a terceros mediante licencias. Asimismo, la LPI contempla los derechos que puede ceder el proveedor del software, qué prohibiciones y límites puede imponer a los usuarios-licenciarios y qué derechos de estos últimos que no pueden limitarse.

En particular, podemos destacar el último párrafo del artículo 99 de la Ley de Propiedad Intelectual, que prevé una norma específica para las licencias de uso de software:

"A tales efectos, 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".

Otras normas que son de aplicación a las licencias de software (o a parte de ellas) son las siguientes:

- a) **Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.** Se aplica a casi todas las licencias de software, en la medida en que éstas contienen condiciones generales (cláusulas de la licencia prefijadas por el proveedor del software para que sean impuestas a todos los usuarios).
- b) **RDL 1/2007, de noviembre, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.** Se aplica sólo a aquellas licencias de software cuyo usuario-licenciario sea un consumidor. En estos casos, sus normas son de especial importancia, pues impiden que el proveedor-licenciante pueda imponer en su propio favor determinadas **cláusulas abusivas** al usuario-licenciario (consumidor) que supongan un injusto "desequilibrio de las prestaciones".
- c) **Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (la conocida LSSI).** Se aplica a aquellas licencias de software que se adquieren por Internet (las licencias *click-wrap*). En particular, son de aplicación los artículos 23 a 29 de la LSSI, que establecen ciertas obligaciones de información y pasos a seguir en el proceso de contratación por vía electrónica. Dichas obligaciones son aún mayores cuando el usuario es un consumidor.

Por otra parte, y tal como ya hemos expuesto, a la licencia de uso también pueden ser de aplicación analógica las normas del **Código Civil** y del **Código Mercantil** sobre:



- la compraventa (para aquellas licencias de software estándar comercializadas "en masa" a usuarios consumidores concedidas por tiempo indefinido cuando el usuario-licenciatarario ha abonado un precio a tanto alzado);
- el arrendamiento de bienes o la prestación de servicios (para aquellas licencias de software creado por el licenciante pero parametrizado a las necesidades del usuario, que se conceden por años y por las que el usuario abona una cuota mensual o anual);
- el contrato de préstamo o la donación, si las licencias de uso son gratuitas.

No obstante, la aplicación por analogía de estas normas del Código Civil o del Código Mercantil no será automática y obligatoria, sino que dependerá de cada caso: en función de si lo pactan expresamente las partes o de si lo decide un juez en un litigio.

En última instancia, sí serán de aplicación **las normas y los principios generales** sobre las obligaciones y los contratos que contemplan tanto el Código civil como el Código de Comercio. Cabe destacar normas y principios como los siguientes:

- cumplir y ejecutar los contratos de buena fe,
- responsabilidad por el incumplimiento doloso o negligente de las obligaciones contractuales.

## 4. Elementos subjetivos: las partes en las licencias de software

Al igual que en otros contratos, en toda licencia de uso de software hay dos partes, dos personas (físicas o jurídicas), a las cuales la licencia les asigna derechos y obligaciones con relación al software objeto de la licencia. Dichas partes son, por un lado, el proveedor-licenciante del software, y por el otro, el usuario-licenciatario.

### 4.1. El proveedor-licenciante del software

El proveedor-licenciante es quien concede la licencia al usuario para utilizar el software, proporcionándole una copia del software licenciado.

Como hemos visto, el proveedor-licenciante del software es quien suele fijar de manera unilateral los términos y condiciones de la licencia, limitándose el usuario-licenciatario a aceptarlos o rechazarlos, sin poder entrar a negociar el contenido de los derechos y las obligaciones.

El proveedor-licenciante debe tener **derechos suficientes sobre el software**, conforme a la legislación sobre derechos de autor, **para poder conceder licencias de uso sobre el mismo**. Entenderemos que el proveedor-licenciante se encuentra facultado para ello cuando es:

- El autor o grupo de autores del software (titular original de sus derechos de explotación).
- El titular (derivado) de los derechos de explotación del software.
- El titular sólo del derecho a distribuir el software (distribuidor).

En los próximos subapartados, analizaremos con detalle cada uno de estos posibles "proveedores-licenciantes" de software.

#### 4.1.1. El autor o grupo de autores

Proveedor-licenciante puede ser, en primer lugar, **el autor o grupo de autores** del software, es decir, el programador o programadores que lo han creado, como titular/es original/es de los derechos exclusivos sobre el software. El autor podrá conceder licencias de uso siempre que los derechos de explotación sobre el software no se hayan cedido a un tercero.

En principio, el autor de un software sólo puede ser una o varias personas físicas, porque se trata precisamente de una obra creada por el intelecto humano. No obstante, la propia LPI prevé que, en determinadas circunstancias, una persona jurídica pueda considerarse "el autor" del programa informático, como en los casos en los que un software sea una "obra colectiva", tal como la hemos definido en el módulo 2 de esta asignatura, o una empresa.

### Capacidad legal

El autor persona física podrá conceder licencias de uso de su software si es mayor de edad, es decir, si tiene **capacidad legal** para contratar. Los autores de software que sean menores de edad necesitarán la autorización de sus padres o tutor para conceder una licencia válidamente. Como excepción a lo anterior, en España la LPI permite a los autores menores de edad conceder por sí solos licencias de software si se trata de "autores menores de dieciocho años y mayores de dieciséis, que vivan de forma independiente con consentimiento de sus padres o tutores o con autorización de la persona o institución que los tengan a su cargo".

El software puede ser creado por el esfuerzo y la labor de un programador aislado. Será éste el único autor y, por tanto, el único facultado para explotarlo. Pero sabemos que, en la práctica, éste no es el supuesto habitual. El software suele ser el producto del esfuerzo de varias personas. En estos casos, el software puede ser una obra en colaboración o colectiva, para las cuales nos remitimos al módulo 2.

Recordemos que cuando un autor utiliza un software preexistente para modificarlo y adaptarlo a nuevas necesidades (siempre y cuando tenga los derechos para hacerlo, como por ejemplo, con licencia libre), la obra resultante (una obra compuesta o derivada) contará con dos autores: los derechos sobre la obra original corresponderán al autor inicial y los derechos sobre la obra nueva (derivada, compuesta) serán del autor nuevo.

### Un caso de obra compuesta

Muchos ficheros de software libre han sido modificados por varios autores en diferentes momentos y resultan ser "obras compuestas", sin ser fruto de una colaboración ni de la coordinación necesaria para una obra colectiva. El aviso de autor rezará: "Desarrollador inicial: © Juan X, 2000. Modificaciones 1, 2 y 3: © Pedro Y, 2002. Modificaciones 4 y 5: © María Z".

La distinción entre obra colectiva, obra en colaboración y obra compuesta es importante a los efectos de desarrollo y explotación del software libre: quién es titular del software, quién puede decidir sobre la licencia de distribución, quién debe ejercitar acciones legales –como titular– respecto de cualquier infracción de sus derechos, etc.

### Titulares-licenciantes originarios en el software libre

- Si a partir de un software libre original, un programador desarrolla un módulo que constituye un elemento separable y explotable independientemente, el conjunto será una obra compuesta: el programador podrá determinar la licencia de distribución, que siempre tendrá que ser compatible con la licencia sobre el software original. Veremos que en el caso del software con *copyleft* (con la GPL, por ejemplo), la obra compuesta tendrá que distribuirse, la mayoría de los casos, con la misma licencia (la GPL).

- Si hubiera un grado de colaboración entre los autores de las partes, la obra será en colaboración y el conjunto de autores tendrá los derechos de titulares.
- Sin embargo, si las obras constituyen contribuciones a un módulo único y no pueden explotarse individualmente, estaremos ante una obra colectiva: en este último supuesto, se considerará autor a aquella persona física o jurídica (empresa, administración pública, organización sin ánimo de lucro, etc.) que dirija y coordine el desarrollo de ese software.
- No obstante, aunque un software distribuido como libre pueda considerarse legalmente como una "obra compuesta" o una "obra en colaboración", en la práctica muchos de los proyectos de desarrollo de software libre logran equiparar las aportaciones de cada programador a las propias de una "obra colectiva", bajo la coordinación del jefe o líder de proyecto (o fundación, como la Fundación Apache o Sakai). Ello lo consiguen haciendo que cada programador que contribuya al proyecto suscriba un acuerdo de contribuyente (*contributor agreement*) o similar, por el que el programador cede o licencia a la organización de turno (por ejemplo, la Apache Software Foundation en el caso del proyecto Apache), que suele ser el desarrollador inicial (*initial developer*) o titular del software "núcleo" del programa.

#### 4.1.2. Titular de los derechos de explotación o económicos

Hemos visto en el módulo 2 que cuando se crea un software el **titular original** de los derechos de explotación es su autor. No obstante puede ser que, con posterioridad a su creación, otra persona (física o jurídica) devenga en titular de los derechos de explotación: hablamos entonces de **titular derivado**. En tal supuesto, esa otra persona pasa a ser la única facultada para autorizar las reproducciones del software, realizar modificaciones o distribuirlo.

Por tanto, cuando el autor cede (bien voluntariamente, por sucesión o por obligación legal) **en exclusiva** los derechos de explotación sobre el software a un tercero, éste pasa a ser el único capaz de **conceder licencias de uso** sobre ese software.

Dicho titular puede haber adquirido los derechos de explotación del autor original del software a través de:

**a) Cesión voluntaria:** mediante un **contrato** por el que el autor original cede **todos** sus derechos de explotación a otra persona, generalmente a cambio de una remuneración económica. En este caso, y a diferencia de los derechos que adquiere un usuario por una licencia, en una cesión el autor original transmite sus derechos de explotación a un tercero de forma completa e irrevocable, por lo que "pierde" tales derechos y queda como titular sólo de derechos morales.

## Ejemplos

Los contratos sobre aportaciones o contribuciones a proyectos de software libre suelen tener esta forma, con la diferencia de que no incluyen ninguna remuneración económica por la cesión, sino la concesión a favor del propio autor original de una licencia de uso amplio (*license back*) para que pueda seguir desarrollando o explotando el software por separado.

Cuando una empresa desarrolladora de software encarga la creación de un programa informático a un programador o programadores que no son empleados suyos, sino independientes (*freelance*), el contrato que rijan las relaciones entre las partes (contrato de prestación de servicios o de obra) deberá contemplar expresamente que el programador cede los derechos de explotación sobre el software a la empresa. Aunque en algún país, como Estados Unidos, puede entenderse que en todo caso será titular de esos derechos la empresa (supuestos de *work-for-hire*, no obstante conviene explicitarlo en el contrato), en España sería necesario estipular expresamente la cesión en el contrato para que se entienda que la empresa adquiere realmente los derechos de explotación.

**b) Sucesión.** En caso de fallecimiento del autor (persona física), todos sus derechos sobre el software pasan a manos de la persona (física o jurídica) a quien el autor haya designado expresamente en su testamento, o en su defecto, a sus herederos legales.

**c) Disposición de la ley. Los asalariados.** Hemos visto en el módulo 2 que, tal como dispone la LPI, cuando un programador crea un software en su condición de empleado, los derechos de explotación corresponden al empresario, salvo que hayan pactado lo contrario. El empleado se queda solamente con los derechos morales, pero es la empresa la única que puede explotar el software, en su caso mediante la concesión de licencias de software.

### 4.1.3. Titular del derecho a distribuir el software

Se trata de los **distribuidores de software**. Al igual que muchos fabricantes comercializan sus productos por medio de distribuidores (que se encargan de revenderlos, por ejemplo, en un determinado territorio), también es posible que el autor o el titular de los derechos de explotación sobre el software decida comercializar su software mediante una red de distribuidores. Con ello, se procura una distribución más amplia y más rentable de dicho software.

En estos supuestos, el autor o el titular de los derechos de explotación sobre el software (entre ellos, la distribución) designa a varios distribuidores para que se encarguen de comercializar licencias de uso. Ambas partes se vinculan por un "**contrato de distribución**" en el que al distribuidor se le concede una licencia para que pueda, a su vez, conceder **sublicencias de uso** a los usuarios.

El distribuidor está facultado para **conceder sublicencias** de uso sobre el software mientras permanezca en vigor el contrato de distribución; cuando finalice dicho contrato, dejará de ser distribuidor, y por lo tanto, cesará su derecho de otorgar sublicencias.

### Ejemplo

No consideramos como "distribuidores", por ejemplo, a unos grandes almacenes o una tienda de informática en los que se puede adquirir software de consumo. Estos establecimientos no son, en principio, distribuidores, porque lo único que venden es el soporte (CD-ROM, DVD) en el que se halla la copia del software. La licencia de uso se suscribe con posterioridad, directamente entre el "fabricante" del software y el usuario. Cuando hablamos de *distribuidores* nos referimos a aquéllos que sí que están facultados para ser "proveedores del software", es decir, para conceder licencias (en este caso, sublicencias) de software. Un ejemplo de distribuidores son los OEM, como Dell o HP, que incluyen software de terceros en los equipos hardware que venden.

Normalmente el distribuidor no tiene ningún derecho más sobre el software (no puede modificarlo), salvo el poder de sublicenciarlo. Incluso es frecuente que el autor o el titular de los derechos de explotación imponga al distribuidor el modelo de sublicencia que éste ha de otorgar a sus clientes. El distribuidor adquiere las licencias pagando por ello al titular del software, y obtiene su beneficio sublicenciando el software a un precio más alto (y, en su caso, prestando servicios adicionales al usuario final, como los de mantenimiento y consultoría).

En la sublicencia, el distribuidor advierte expresamente al usuario quién es el titular de los derechos exclusivos sobre el software, si bien se compromete él mismo a garantizarle el uso del software durante la duración de la sublicencia. Para ello, el distribuidor tendrá a su vez una garantía de "no revocación" de la licencia por parte del titular del software: el titular del software respetará la sublicencia concedida al usuario, permitiéndole el uso del software.

## 4.2. Garantía de titularidad

Hasta ahora hemos explicado quién pueden ser "proveedor-licenciante" en una licencia de software: sólo pueden conceder el derecho a utilizar el software aquellas personas que sean titulares de sus derechos de explotación (titular original o derivado) o, como mínimo, que estén facultadas por dichos titulares para distribuirlo.

Si la licencia la concede alguien que no tiene estos derechos, nos encontraremos con una cesión nula e ilegal del derecho de uso sobre el software.

### Ejemplo

En este caso el licenciante habrá concedido una licencia vulnerando los derechos exclusivos del autor o el titular de los derechos de explotación sobre el software, el cual podrá exigir y entablar las acciones legales oportunas para impedir que sigan vigentes las licencias otorgadas sin su permiso, prohibiendo el uso del software al usuario y exigiendo responsabilidades al licenciante.

La falta de titularidad de derechos sobre el software por parte del proveedor no implica, en principio, responsabilidad alguna del usuario-licenciatario de buena fe (es decir, aquel que suscribió la licencia creyendo que el proveedor estaba verdaderamente facultado para otorgarla) frente al verdadero titular del software. No obstante, el usuario sí que puede sufrir graves perjuicios, en par-

ricular la paralización y la pérdida del derecho a utilizar el software, a consecuencia de las acciones judiciales que emprenda su verdadero titular. En su caso, además, el usuario habrá pagado por utilizar un software a quien no debía.

Por tanto, es condición inherente y *sine qua non* para conceder una licencia de software que el proveedor-licenciante cuente con los derechos suficientes para concederla; y será **responsable frente al usuario** por los perjuicios que éste pueda sufrir en caso de que resulte **que no tiene título suficiente** para otorgar la licencia.

Así pues, se dice que al conceder una licencia de uso el proveedor presta necesariamente al usuario una "**garantía de titularidad**". Con ello, el usuario puede estar tranquilo de que usa el software legalmente y de que podrá seguir usándolo con continuidad mientras dure la licencia.

### **Warranties**

Conforme al Derecho Español, más que una garantía, la titularidad sobre el software es una condición inherente que ha de tener el proveedor sobre el software para que la cesión del derecho de uso sea válida y no infrinja derechos de autor de terceros. Sin embargo, hablamos de "garantía de título o titularidad" por influencia del Derecho Anglosajón, dado que muchas licencias de software son traducción o adaptación de licencias estadounidenses. En Derecho Anglosajón, existe la figura de las *Warranties* (garantías que un vendedor, un arrendador o un licenciante presta a la otra parte), entre las que se encuentra la *Warranty of title*; el proveedor asegura al usuario que está debidamente facultado para concederle la licencia y que no infringe derechos de terceros.

La garantía de titularidad resulta del propio Derecho General de las obligaciones y contratos: incurre en responsabilidad la parte que incumple dolosa o negligentemente sus obligaciones contractuales (artículos 1101 y 1102 del Código Civil).

Además, en el caso de que el usuario sea un consumidor, se aplica la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (existen leyes similares en todos los estados de la Unión Europea), a partir de la cual se deriva que el proveedor de software debe responder frente al usuario consumidor del origen, la identidad y la idoneidad del software.

La propia LPI dispone que se consideran infractores de los derechos de autor quienes sin autorización del titular "pongan en circulación una o más copias de un programa de ordenador conociendo o pudiendo presumir su naturaleza ilegítima" (artículo 102).

Por lo tanto, en España (como en el resto de la Unión Europea) resultan nulas aquellas cláusulas que intentan limitar o excluir esta garantía de titularidad, tanto si el usuario es profesional como si es consumidor.

### **Reflexión**

Muchas licencias de software siguen el modelo anglosajón de no conceder garantía alguna sobre el software, ni tan sólo la de titularidad, manifestando que el software se entrega al usuario "**tal cual**" (traducción de la expresión inglesa *as is*). Incluso muchas de ellas

citan expresamente que no prestan garantías de titularidad y de no infracción (*warranties of title and non-infringement*).

Pues bien, como hemos señalado, si la ley aplicable es la española (o la de cualquier otro país de la Unión Europea), esta exclusión de la garantía de titularidad **no es legal**. El proveedor del software está obligado por ley a garantizar su titularidad sobre el software.

Es interesante observar que la EUPL 1.0 (European Union Public License), redactada para el marco legal europeo, incluye una "garantía de título", al igual que la OSL 3.0 (Open Source License). Comentaremos estas licencias en el módulo 6.

En el extremo opuesto a los intentos de excluir la garantía de titularidad, también es habitual (sobre todo en las licencias de software especializado, destinado a usuarios empresarios o profesionales, pero no en las licencias libres) establecer en el contrato de licencia **cláusulas de indemnidad a favor del usuario**, para proteger sus intereses en caso de que surja un litigio sobre la verdadera titularidad del software:

- a) Asumir la defensa del usuario ante cualquier reclamación o acción que un tercero, que reclame su condición de verdadero titular del software, pueda ejercer contra el usuario sobre la base de que está infringiendo derechos de autor al utilizar un software sin su autorización.
- b) Devolver al usuario el precio que haya abonado por la licencia y abonarle por los daños y perjuicios que pueda sufrir.
- c) Sustituir el software por otro o modificarlo para que cese la infracción del derecho de autor, etc.

#### **4.3. El usuario-licenciatario. Especial referencia al usuario consumidor**

Se trata de la otra parte del contrato de licencia de software. Es la persona (física o jurídica) **que adquiere el derecho de usar el software** por medio de la licencia, según los términos y las condiciones que se establecen en ésta (casi siempre impuestos por el proveedor del software). El usuario-licenciatario tiene como obligaciones principales pagar el **precio** de la licencia (cuando es de pago) y respetar las **limitaciones de uso** que le impone la licencia.

En el caso de que el usuario sea licenciatario de un software no-libre o "propietario", en principio, serán pocos sus derechos como usuario (básicamente, ejecutar el programa, aprovechar sus aplicaciones y poder hacer una copia de seguridad), mientras que las limitaciones son muchas. Por el contrario, si el usuario es licenciatario de un software libre, las libertades del usuario-licenciatario serán mucho más amplias, y por ende, las limitaciones, menores: podrá usar el software libremente y, además, modificarlo y redistribuirlo con o sin modificaciones.



Si el usuario está facultado para modificar el software y lo modifica, puede pasar a ser el **autor de una obra derivada**, según el artículo 11 LPI (es decir, de la traducción o la adaptación del software), tal como hemos visto en el módulo 2. Por su parte, si el usuario está facultado para redistribuir el software y lo redistribuye, se convertirá también en **proveedor de software**.

Es relevante determinar, en una licencia de software, si el usuario-licenciario es **un consumidor o un empresario**, porque en función de ello **varía el régimen legal** al que está sujeto el contrato de licencia.

### Diferenciación

A veces, en el propio texto de la licencia de uso se recogen derechos y limitaciones distintos en función de si el usuario es un consumidor que va a destinar el software a un uso particular o si es un empresario/profesional que va a destinar el software a su actividad. Ésta es una forma de las llamadas **licencias duales**, que comentaremos en el módulo 7.

Aunque el proveedor pueda conceder o no en su licencia los mismos derechos sobre el software a todos los licenciarios (sin distinguir entre usuarios consumidores o empresarios), pueden variar las leyes y otras normas jurídicas que se aplican o pueden ser de aplicación a la licencia: sobre todo, en sede de la validez, la aplicación y la interpretación de sus cláusulas (por ejemplo, sobre la terminación del contrato, las responsabilidades del proveedor, etc.).

#### 4.3.1. El usuario consumidor

Si el usuario es un consumidor, se entiende que se encuentra en una posición especialmente débil, por lo que debe tener una protección legal frente a posibles abusos del proveedor del software, al igual que sucede en muchos otros contratos que celebran los consumidores.

En tal caso, y como hemos visto, a la licencia le son de aplicación las normas de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación y de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios que **prohíben las cláusulas abusivas**: aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y las obligaciones de las partes.

### Cláusulas abusivas

A efectos prácticos, a partir de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios podemos enumerar unos ejemplos de cláusulas que está prohibido incluir, por entenderse que son abusivas, en una licencia de software que se conceda a un usuario consumidor:

a) Cláusulas que condicionen el cumplimiento de la licencia a la exclusiva voluntad del proveedor:

- Derecho del proveedor a interpretar o modificar unilateralmente los términos de la licencia, después de haber sido aceptada por el usuario.
- Derecho a resolver libremente el contrato, sin preaviso ni indemnización.

- Exigencia de una indemnización exageradamente alta al usuario consumidor, en caso de que éste incumpla alguna obligación.

**b) Cláusulas que priven al consumidor de sus derechos básicos:**

- Limitar o excluir las garantías que legalmente deba prestar sobre el software, así como limitar o excluir de su responsabilidad por daños causados por un software defectuoso.
- Forzar al usuario a renunciar a una copia escrita de la licencia o negarse a expedir recibo por el pago del precio de ésta.

**c) Otras cláusulas abusivas:**

- Obligar al consumidor a aceptar cláusulas o condiciones desconocidas.
- Obligar al usuario consumidor a adquirir bienes o servicios accesorios no solicitados.
- Imponer de que, en caso de litigio sobre la licencia, sean competentes para resolverlo Tribunales distintos de los del domicilio del usuario consumidor, o que la licencia se someta a un Derecho Extranjero ajeno a las partes.

Por tanto, por lo que respecta a las licencias de software, el proveedor del software no podrá imponer al usuario consumidor cláusulas abusivas. Si las incluye en la licencia serán **cláusulas nulas**, de modo que no podrá exigir al usuario que las cumpla.

Además, cuando el usuario consumidor adquiere la licencia de uso del software por **Internet (on-line)**, el proveedor del software también debe cumplir las **obligaciones de información que le impone la Ley 34/2002**, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSI):

- **Antes de adquirir de la licencia**, debe proporcionarle ciertos datos sobre él mismo y sobre el proceso de contratación, además del texto de las condiciones generales.
- **Después de adquirir de la licencia**, el proveedor debe confirmar al usuario que ha recibido la aceptación de éste.

La LSSI establece que antes de que el usuario tenga la oportunidad de "aceptar" la licencia, el proveedor debe poner a su disposición sus condiciones generales, de manera que puedan ser almacenadas y reproducidas por el usuario. Además, cuando el usuario es un consumidor, el proveedor del software debe cumplir la obligación de proporcionar información –antes de que el usuario acepte la licencia– sobre diversos aspectos: los distintos trámites que hay que seguir para celebrar el contrato de licencia de software, si el proveedor va a archivar el documento electrónico en el que se formalice la licencia y si éste va a ser accesible, los medios técnicos para identificar y corregir errores en la introducción de los datos, y la lengua o lenguas en que podrá formalizarse el contrato.

Después de que el usuario haya "aceptado", se entiende celebrado el contrato de licencia de software y el proveedor debe confirmar al usuario que ha recibido su aceptación mediante el envío de un acuse de recibo por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente, en las veinticuatro horas siguientes, o por un medio equivalente al utilizado para acordar la concesión de la licencia, tan pronto como el usuario haya completado el proceso de aceptación.

### **Aspectos internacionales**

Las obligaciones de la LSSI se imponen a los licenciantes establecidos en España, mientras que si están establecidos en otro Estado de la Unión Europea se discute si se aplica la LSSI o la ley equivalente en ese otro estado, que tendrá un contenido muy similar. Si el licenciante se halla establecido fuera de la Unión Europea, sólo se aplicará la LSSI a

aquellas licencias que conceda a usuarios españoles, y siempre que su página web se dirija específicamente o tenga un apartado específico para España.

#### **4.3.2. El usuario empresario o profesional**

Hemos de tener en cuenta que, aunque las normas protectoras del consumidor no se apliquen cuando el usuario sea un empresario o profesional, ello no significa que el proveedor del software pueda imponer a este usuario, sin más, cláusulas especialmente injustas o abusivas. Ocurre, no obstante, que el usuario empresario no tiene la protección legal que supone que ciertas cláusulas se consideran automáticamente nulas porque así lo dispone la ley (las que figuran en el listado de cláusulas abusivas).

Si el usuario empresario o profesional cree que una cláusula de la licencia es abusiva y se niega a respetarla, deberá demandar el contrato de licencia ante los Tribunales. La cláusula podrá ser anulada si se estima que es contraria a la regla general de buena fe que ha de regir en el cumplimiento de los contratos. No obstante, ello dependerá del examen de las circunstancias de cada caso en concreto, y será el juez quien decida si se trata o no de una cláusula contraria a la buena fe entre las partes.

Determinadas circunstancias se tendrán en cuenta como relevantes a la hora de establecer si una cláusula debe anularse o no –por ser abusiva– cuando el licenciataria sea un empresario o profesional. Por ejemplo, si el licenciataria es una gran empresa o pequeña, si ha habido un verdadero proceso de negociación entre las partes o no, si el usuario-licenciataria ha aceptado una cláusula desfavorable para sus intereses a cambio de otra previsión favorable (por ejemplo, una rebaja en el precio de la licencia o un derecho a modificar el software, a cambio de una mayor limitación de responsabilidad para el proveedor), o simplemente el proveedor se la ha impuesto.

A partir del análisis de estas circunstancias podrá determinarse si la cláusula debe anularse o no, por ser contraria a las reglas generales de la buena fe en los contratos.

#### **Aspectos internacionales**

Este criterio de la buena fe se sigue, de forma similar, en otros países. Cabe destacar el Reino Unido, en el que los Tribunales acuden al llamado "test de la razonabilidad" (*reasonableness test*) para discernir (analizando las circunstancias del caso, bajo parámetros equivalentes) si una cláusula de la licencia especialmente favorable para el licenciente es vinculante para un usuario-licenciataria profesional.

#### **4.4. Posición de los sujetos intervinientes en las licencias de software libre**

En el caso de las licencias de software libre, las posiciones tradicionales de proveedor-licenciente y usuario-licenciataria se mantienen: el licenciente es la persona que distribuye el programa y que tiene el derecho de distribuirlo

(porque es su autor o, cuando menos, es titular del derecho de distribución), y el usuario-licenciatarario es quien adquiere el derecho a usar el software, pero también a modificarlo y redistribuirlo.

### Consideraciones generales

Aunque las partes de la licencia son las mismas, tanto para software propietario como para software libre (proveedor-licenciante y usuario-licenciatarario), las diferencias tan importantes sobre los derechos que otorgan al usuario unas y otras hacen que sea conveniente tener en cuenta las consideraciones siguientes:

- a) Las licencias de software libre son el medio o instrumento legal, no para que el proveedor del software pueda rentabilizar al máximo sus derechos exclusivos de explotación, sino para garantizar a los usuarios las libertades de uso, modificación y redistribución. Por tanto, el usuario-licenciatarario también puede convertirse, a su vez, en proveedor-licenciante de otros usuarios, bien licenciando el mismo software que se le ha licenciado a él (si disfruta del derecho de sublicencia), bien licenciando un software derivado del original.
- b) Además, ni en España ni en otros países es necesario inscribir el software en el Registro de la Propiedad Intelectual para que su autor sea reconocido como tal. En principio, para ello basta con que el autor pueda probar que es el creador de un software original (o derivado, con la autorización del autor del software original). Esto conlleva que existan riesgos de que alguien **intente apropiarse de un software libre**, que reclame la exclusividad en su explotación o que lo "privatice", en contra de lo estipulado en la licencia. Si alguien intenta apropiarse ilegítimamente del software o pretende restringir las libertades que tienen los usuarios sobre él, el verdadero autor del software podrá reaccionar y ejercer las acciones legales oportunas para impedir esta apropiación indebida.  
A diferencia del software propietario, el autor no reaccionará tanto para proteger sus derechos patrimoniales exclusivos, sino más bien **para defender sus derechos morales de autoría y para que los usuarios puedan seguir disfrutando de las libertades** (de uso, modificación y distribución) sobre el software.
- c) Por otra parte, quien pretenda divulgar su software como libre **debería garantizar que ese software es verdaderamente libre y que no infringe los derechos de otro software** (sea libre o propietario). Las licencias de software libre suelen establecer que el software se ofrece **sin garantías**, pero como hemos visto, la garantía de titularidad es inherente e ineludible a la condición de proveedor del software: no se puede distribuir un software a terceros si no se puede garantizar que con ello no se infringen derechos de terceros.

- d) La concesión de una licencia de software libre implica que su titular comparte con los usuarios los principales derechos de explotación sobre el mismo. Esto no significa que el software libre pase al dominio público ni que el titular renuncie a su derecho. El software libre no es un software sin propietario, sino que el autor sigue conservando su condición de autor del software y, en particular, conserva los derechos morales sobre él.

Los derechos morales son **irrenunciables** según la LPI. En Estados Unidos o en el Reino Unido no se reconocen derechos morales sobre el software, de modo que las licencias de software libre (basadas en Derecho Anglosajón) no se refieren a los derechos morales, si bien se preocupan también de garantizar el respeto al reconocimiento y a la reputación del autor. De este modo, las licencias de software libre vienen a proteger los derechos morales en aquellos países en los que sí que se reconocen.

Las licencias de software libre se basan en el **reconocimiento del autor** como medio que permite asegurar las libertades de los usuarios, **impidiendo que alguien intente apropiarse del software libre**.

En particular, las licencias de software libre cumplen los principales postulados de los **derechos morales** sobre el software, reconocidos por la LPI. Por un lado, el autor puede exigir el reconocimiento de su condición de autor del software y que aparezca su nombre o seudónimo al distribuirlo, y por el otro puede (con dificultad) impedir cualquier modificación o alteración que menoscabe su reputación.

#### Autoría en la GNU-GPL y en la Definición de Software de Fuentes Abiertas

En el caso de la licencia de software libre por antonomasia, la **Licencia Pública General GNU** de la Free Software Foundation, se respeta el reconocimiento del autor del software y, como decíamos, ello sirve además para garantizar a los usuarios los derechos (de uso, modificación y redistribución) que se conceden por medio de esta licencia.

En el preámbulo de la GNU-GPL (tanto de la versión 3, de 2007, como de las anteriores) se dice expresamente que los derechos del usuario a copiar, distribuir y/o modificar el software se protegen porque "**ponemos el software bajo *copyright***".

Para copiar y distribuir copias de un programa, la GNU-GPL señala que el usuario ha de publicar en cada copia "**de forma adecuada y bien visible un anuncio de *copyright* adecuado**" y "**mantener intactos los anuncios de ausencia de garantías**" (cláusula 4).

### Autoría y titularidad en la GNU-GPL

En particular, en el Apéndice de la GNU-GPL ("Cómo aplicar estas condiciones a sus nuevos programas"), se recomienda que el autor **añada al principio de cada fichero fuente una línea de *copyright***, de la forma siguiente:

"<una línea para dar el nombre del programa y una breve idea de su función  
Copyright © 200? <nombre del autor>"

Asimismo, en caso de que un software libre se modifique, la GNU-GPL (Versión 3) establece como regla que los usuarios sepan siempre si el software es original o modificado:

- En el preámbulo de la GNU-GPL se dice que "en protección de los usuarios y los autores, la GPL requiere que las versiones modificadas se identifiquen como cambiadas, para que sus problemas no se atribuyan erróneamente a los autores de versiones anteriores".
- La Cláusula Cuarta de la GNU-GPL exige al usuario que distribuya copias del software que acompañe a cada copia de un anuncio de *copyright* adecuado y bien visible, así como que mantenga intactos los anuncios de ausencia de garantías.
- La Cláusula Quinta, para la distribución de un software libre modificado, exige al usuario mantener el anuncio de *copyright* adecuado y, además, anunciar claramente que ha sido modificado, indicando la fecha del cambio.
- Por último, la Cláusula Séptima abre la posibilidad a que los autores que añaden su material a un programa libre puedan exigir que se mantengan anuncios adicionales de autoría respecto a su material o prohibir expresamente que se tergiverse el origen de dicho material.

En cuanto a los criterios de "The Open Source Definition" basados en las "**Directrices Debian sobre Software Libre**", ("The Debian free software guidelines"), también parten de la base de que el software libre se ha de poner a disposición de los usuarios mediante licencias en las que se identifique y se reconozca al autor del software:

- La Directriz 4 permite al autor exigir a los usuarios que no distribuyan el código fuente modificado directamente, sino que lo hagan acompañando los archivos fuente originales con "archivos parche" separados.
- Asimismo, el autor original puede exigir que las obras derivadas tengan un nombre o un número de versión distinto del del software original.

Estas "restricciones" a la distribución de los programas derivados están previstas asimismo para **proteger la reputación del autor original** del software ante posibles problemas en la calidad y el funcionamiento del software que puedan surgir a raíz de una modificación efectuada por un usuario (en principio, las garantías están excluidas salvo que la ley del país aplicable a la licencia exija que el licenciente las preste).

## 5. Elementos objetivos en las licencias de software

Por *elementos objetivos* nos referimos a aquellos aspectos de la licencia de uso relativos a **su objeto**: el software y los derechos que sobre él se conceden.

Forma parte esencial de los elementos objetivos el **contenido del derecho de uso**: qué derechos concede el proveedor al usuario sobre el software y con qué límites. No obstante, dejaremos para los módulos posteriores la descripción y el análisis en profundidad de **los derechos y las obligaciones de las partes sobre el software**. Como veremos en tales unidades, los derechos y obligaciones de las partes sobre el software variarán sustancialmente en función de si la licencia es de software propietario o de software libre.

En este apartado nos centraremos en otros elementos objetivos, distintos propiamente de los derechos y las obligaciones de las partes respecto al software, pero que tienen una particular importancia en la licencia de uso: el **plazo** y el **precio** de la licencia.

### 5.1. Plazo

Las licencias de software suelen establecer la duración en el tiempo de la licencia, es decir, su plazo de vigencia. En principio, salvo que alguna de las partes incumpla las obligaciones que establece el contrato de licencia de uso, éste ha de permanecer en vigor durante el tiempo estipulado.

Así, tenemos las licencias que se conceden por un plazo determinado de tiempo, las que se conceden por tiempo indefinido y aquellas en las que no se estipula nada acerca del plazo.

#### a) Licencias por un plazo determinado

En este caso, se establece un tiempo concreto durante el cual se puede utilizar el software (por el plazo de  $n$  meses,  $n$  años, etc.). Al llegar el fin del plazo, si el contrato de licencia no dice otra cosa, la licencia de software "caducará", por lo que el usuario deberá dejar de utilizar el software.

No obstante, ello no impide que las partes acuerden suscribir posteriormente un nuevo contrato de licencia de uso sobre el mismo software. Incluso es muy posible que el propio contrato de licencia prevea que, al cumplirse el plazo de

vigencia, la licencia se entienda prorrogada tácitamente por un nuevo plazo, y así sucesivamente, hasta que alguna de las partes anuncie con antelación su deseo de no prorrogarla más.

Las licencias que se conceden por tiempo determinado son propias del software de aplicaciones más especializado y complejo, dirigido a empresas normalmente ligadas a un contrato accesorio, como el de consultoría o mantenimiento. En estos casos, como precio, el usuario suele abonar al proveedor una cuota periódica.

### ***Demos***

En el caso del software de demostración o evaluación (los conocidos como *demos*), la licencia también se establece por tiempo determinado. En este caso, la fijación de un plazo determinado (corto y sin posibilidad de renovación) es esencial para cumplir la finalidad que persigue la distribución de este software: que el usuario conozca durante un corto período de tiempo sus prestaciones y que al finalizar el plazo decida adquirir o no la versión completa del programa.

## **b) Licencias por tiempo indefinido**

En este caso, en el contrato de licencia de software se **especifica expresamente** que la licencia se concede de manera indefinida, sin sujeción a un plazo concreto. El usuario puede ir utilizando el software mientras cumpla los términos y las condiciones de la licencia.

No obstante, en algunos contratos de licencias de software por tiempo indefinido, se prevén cláusulas que facultan a una o a las dos partes para poner fin a la licencia cuando deseen, avisando o no con cierta antelación (plazo de preaviso).

Las licencias por tiempo indeterminado o indefinido son más propias del software comercializado en masa, especialmente a consumidores, en el que el usuario paga de una sola vez el precio de la licencia.

## **c) Falta de un plazo expreso en la licencia**

Cuando un contrato de licencia de software no dice nada sobre su plazo de duración (ni si se concede por un tiempo determinado o de manera indefinida), no podemos deducir sin más que la licencia se ha concedido por plazo indefinido.

Al contrario, deberíamos entender que la licencia se limita a un plazo de **cinco años**, por aplicación del artículo 43.2 de la LPI.

El artículo 43.2 de la LPI establece expresamente que "la falta de mención del tiempo limita la transmisión [cesión exclusiva o no exclusiva de un derecho de explotación] a **cinco años**". Como el software está sometido por su propia naturaleza a una rápida obsolescencia (se queda anticuado con cierta rapidez, aparecen nuevas actualizaciones de software, etc.), el plazo de cinco años es bastante largo para que el usuario pueda



utilizarlo y beneficiarse de las aplicaciones del software, con lo que aplicar esta norma no dará lugar a problemas prácticos.

#### d) El plazo en las licencias de software libre

Ante todo, conviene resaltar que las **licencias de software libre** se conceden, y han de concederse, por **tiempo indefinido**.

Muchos de los modelos de licencia de software libre emblemáticos (la GNU-GPL en su versión 2, de 1989; la Mozilla Public License 1.1, etc.) no han establecido nada concreto acerca del plazo de las licencias. Sin embargo, parece claro que el espíritu de las licencias de software libre radica en garantizar a los usuarios libertades sobre el software, como las de uso, modificación o distribución, sin más restricciones que las necesarias para asegurar dichas libertades.

Establecer un período de duración limitado en una licencia de software libre supondría añadir una restricción a los derechos del usuario (en este caso, una restricción temporal), que iría en contra de la propia esencia de la licencia del software libre: no limitar el uso del software al usuario, sino garantizarle las libertades sobre el uso del mismo.

Así pues, es comúnmente aceptado que las **licencias de software libre perduran en el tiempo mientras el usuario respete sus condiciones**. Algunos consideran que a la llamada *libertad 0* del software libre, consistente en la "libertad de usar el programa, con cualquier propósito", se le debería añadir la mención "... y para siempre".

Hemos indicado anteriormente que en el caso de las licencias que no dicen nada sobre su duración, al menos en España se debería entender, en principio, que tienen una duración de cinco años. Sin embargo, el espíritu y finalidad de la licencia de software libre no es tanto proteger los derechos del proveedor sino las libertades de los usuarios, por lo que limitar su vigencia a cinco años podría ir contra la intención de las partes y la finalidad de la licencia.

Debemos entender que las licencias de software libre se conceden por **tiempo indefinido**, aunque ello no se diga expresamente en el texto de la licencia.

En este sentido, hasta la aparición de la Versión 3 de la GNU-GPL, la Free Software Foundation ya exigía (en su definición y filosofía del software libre) que las libertades concedidas a los usuarios por medio de la GNU-GPL fueran **irrevocables mientras no hicieran nada incorrecto** ([www.gnu.org/philosophy/free-sw.es.html](http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.es.html)), lo que confirmaba que la licencia de software libre se debía conceder de forma indefinida.

Ahora, la reciente Versión 3 de la GNU-GPL (2007), como también la OSL 3.0 y otras licencias modernas, corrigen la laguna existente al respecto en la versión anterior, señalando por ejemplo, en la Cláusula 2 de la GPLv3 señala que los derechos que se otorguen bajo dicha licencia se entenderán concedidos por "el plazo de vigencia del derecho de autor sobre el programa" y que son "irrevocables mientras el usuario cumpla las condiciones".

Del mismo modo, otras licencias, como la Apache 2.0, indican expresamente que se conceden con carácter "perpetuo" e "irrevocable" (cláusulas 2 y 3).

## 5.2. Precio

Otro elemento esencial en una licencia de software (al menos en buena parte de las licencias propietarias) es fijar el precio, la cantidad de dinero que el usuario debe abonar al proveedor por la concesión de la licencia.

### a) Modalidades de pago

En cuanto a las modalidades de pago, pueden consistir en que:

- El precio se pague de **una sola vez** (cantidad a tanto alzado): al adquirir la licencia, el usuario paga por completo el precio de ésta. Es típico de las licencias de software comercializado en masa.
- Se pague mediante un **canon o cuota periódica**: el usuario abona periódicamente (cada mes, cada año, etc.) una cuota al proveedor. Esto es típico de las licencias de software de aplicaciones más especializado y complejo, dirigido a empresas, licencias establecidas por tiempo determinado y vinculadas habitualmente con contrato accesorio de consultoría o mantenimiento, por el que el usuario también abona una cuota.

Cuando la licencia puede prolongarse en el tiempo, es frecuente pactar una cláusula de **revisión o actualización** de la cuota a abonar por el usuario ha de abonar. No es válido pactar que la revisión de la cuota quede a la libre voluntad del proveedor, sino que debe realizarse o bien de mutuo acuerdo entre las partes, o bien teniendo como referencia un índice o parámetro objetivo, como puede ser el "índice de precios al consumo" (IPC).

- También es posible que la licencia se conceda **gratuitamente**, sin que el usuario deba abonar nada por utilizar el software.

Hay que recordar que no debemos identificar automáticamente *software propietario "no-libre"* con *software de pago*, ni al *software libre* con *software gratis*. En el mundo anglosajón (Estados Unidos, Reino Unido, etc.) sí se ha venido dando esta confusión, porque la palabra inglesa *free* significa 'libre' pero también puede significar 'gratis'. Un software se califica como *propietario* porque el proveedor no permite al usuario modificarlo o redistribuirlo, con independencia de que conceda la licencia gratis o mediante pago. Otra cosa distinta es

que el software propietario corresponda al modelo tradicional de explotación económica del software, basado en la remuneración que obtiene el proveedor por la distribución de copias.

### Ejemplos de distribución gratuita

Todos conocemos muchos programas que se distribuyen gratis, siendo software propietario: por ejemplo, el Microsoft® Internet Explorer, los Messenger, el software *demos*, el shareware o los controladores (*drivers*) que permiten instalar un elemento hardware (en este último caso, podemos entender que el software es accesorio al hardware, por lo que la licencia es gratuita o se incluye en el precio pagado por el elemento hardware de que se trate).

### b) El precio en el software libre

Por lo que respecta al **software libre**, sabemos que el término *libre* no significa que el proveedor del software licencia el programa gratis, sino que lo licencia permitiendo a los usuarios utilizarlo libremente, modificarlo y distribuirlo. En el caso de la licencia GNU-GPL, el proveedor puede optar por distribuir el software gratis o a cambio de una contraprestación (párrafo 5.º del Preámbulo y Cláusula 4, de la Versión 3); también puede exigir una remuneración económica por prestar determinadas garantías sobre el software, salvo que esté obligado por ley a prestar esas mismas garantías.

No obstante, aunque el proveedor de software libre tenga derecho a pedir una contraprestación económica, lo más frecuente es que distribuya el software gratis o que el precio que solicite sea **mínimo (se habla de precio "residual")**, sólo para resarcirse de ciertos gastos, como el de la realización de la copia, su entrega en un soporte físico, etc.

En caso de que se persiga un beneficio económico con el software libre (lo que no siempre ocurre), el proveedor no lo ha de obtener tanto por cobrar un precio por la distribución de copias, sino más bien por la prestación de servicios sobre el software, como actualizaciones, consultoría o mantenimiento.

De hecho, sí existen modelos de negocio alternativos a la comercialización de copias de software basados en software libre. Y hay en el mercado soluciones basadas en software libre que, integradas por la licencia de uso sobre el software junto con servicios de consultoría y/o mantenimiento, tienen un precio elevado (véase, como caso emblemático, "Red Hat" y también muchos otros).

### Reflexión

Que el proveedor de software libre no puede basar su beneficio económico en el precio de la copia parece evidente: si permite a los usuarios distribuir libremente el software, el proveedor pierde el control exclusivo sobre la copia. No tiene sentido cobrar un precio muy alto por la copia, cuando los usuarios podrán, a su vez, ir distribuyendo todas las copias que quieran.

Otras licencias de software libre, como la Apache 2.0, declaran expresamente que la licencia se concede de forma gratuita: sus cláusulas 2 y 3 indican que la licencia se concede *royalty-free*.

## 6. Aceptación de las licencias de software. Licencias *shrink-wrap* y *click-wrap*

Hemos visto que las cláusulas de las licencias de software no se negocian ni se pactan por las partes (proveedor y usuario) de igual a igual. Por el contrario, los términos y las condiciones de la licencia son fijados previa y exclusivamente por el proveedor (condiciones generales), y todos aquellos que quieran utilizar el software deben aceptarlas. Si rechazan las condiciones que ofrece el proveedor, no podrán adquirir la licencia.

La "aceptación" del usuario es un acto o manifestación esencial en las licencias de software. Con la aceptación de sus términos y condiciones, la persona en cuestión adquiere el derecho a usar el software y se convierte en **usuario legítimo**.

Los términos y condiciones de la licencia, impuestos por el proveedor y aceptados por el usuario, pasan a ser un **contrato vinculante entre las partes**, en el que proveedor y usuario tienen unos derechos y obligaciones frente al otro y con relación al software objeto de la licencia.

En España y en el resto de países que se rigen por un sistema de "derecho continental", siempre es necesario que exista aceptación por el usuario. La licencia de uso sólo puede entenderse como un contrato consensuado entre las dos partes (proveedor-licenciante y usuario-licenciario).

### **Licencia unilateral en Derecho anglosajón**

Ésta consiste en una **declaración unilateral** del licenciante, en virtud de la cual autoriza el uso del software a los que cumplan y respeten ciertas condiciones y límites. Esta licencia no requiere la aceptación expresa del licenciario, si bien sólo puede **regular exclusivamente los términos y las condiciones de derecho de uso del software**, sin entrar en otros aspectos que podrían regular la relación entre el licenciante y el licenciario (pactos accesorios de confidencialidad, reglas que habría que seguir en caso de conflicto, etc.).

El proceso y la forma de la aceptación de las licencias de software presentan ciertas particularidades con relación a otros contratos.

### **6.1. Licencias *shrink-wrap* y *click-wrap*; discusión sobre su validez**

En la práctica ocurre que hay muchos casos en los que no está claro cuándo se produce la aceptación de la licencia de software por el usuario, y si lo que el proveedor considera a veces como "aceptación" es realmente una aceptación válida y legal.

Las licencias de software (salvo aquéllas de software más complejo, destinado a empresas) no se suelen plasmar en un contrato "tradicional" en papel, firmado por las partes. Por el contrario, el software comercializado en masa se distribuye, o bien a través de Internet, bien comercializando las copias (CD-ROM, DVD) en establecimientos comerciales, pero difiriendo la aceptación de la licencia a un momento posterior a la "compra" del soporte.

### Aceptación

En muchos otros contratos, el momento y el modo en los que se produce la aceptación se reconoce fácilmente. Así, en un contrato que se redacta por escrito, la aceptación viene dada al firmar ambas partes (usuario y proveedor) las hojas del contrato. Por otra parte, cuando alguien compra un artículo de consumo en una tienda, tampoco firma contrato alguno, sino que la aceptación se deriva de unas acciones que manifiestan de manera inequívoca su aceptación de la compra: llevarse el artículo del mostrador y pagar el precio indicado en la etiqueta.

El proveedor es quien concede las licencias sobre el software, pero es evidente que no puede reunirse con cada usuario de una copia para obtener su aceptación ni enseñarle personalmente las condiciones de la licencia antes de que éste haya comprado la copia.

Por ello, los proveedores de software suelen considerar que ciertas acciones del usuario suponen la aceptación de los términos de la licencia por parte de éste.

Dichas acciones serían las siguientes:

- a) La rotura del precinto del paquete o la caja en que vienen los CD-ROM o DVD con el software. Se trata de la licencia denominada *shrink-wrap*.
- b) Cuando un software se distribuye a través de Internet, el usuario ejecuta un proceso de instalación que incluye el paso de aceptar la licencia precisamente al descargar e instalar el software, generalmente al principio del proceso. Aparece una casilla con el texto "aceptar", "sí" o "acepto las condiciones de la licencia" sobre la que el usuario debe hacer clic para seguir adelante con la instalación. Al principio de este paso, se abre un archivo de texto con las condiciones de la licencia. Se trata de la licencia denominada *click-wrap*.
- c) El mero hecho de instalar o ejecutar el software por primera vez, sin necesidad de que el usuario manifieste expresamente que acepta la licencia.

En España, como en otros países, **se ha discutido acerca de la legalidad o no** de estas fórmulas de aceptación. Como regla general, podemos decir que en España es válida la aceptación de una licencia *shrink-wrap* o *click-wrap* siem-

pre que se cumplan determinados requisitos legales. Estos requisitos tratan de evitar que el proveedor intente imponer al usuario unas cláusulas que éste no haya tenido ni siquiera la oportunidad de conocer.

La simple rotura del precinto, iniciar la instalación o clicar la casilla "aceptar" únicamente pueden considerarse una aceptación real y válida **cuando el usuario haya podido conocer antes los términos de la licencia**. Así pues, las licencias *click-wrap* y (sobre todo), las licencias *shrink-wrap*, tal como las conocemos tradicionalmente, sólo son válidas en la medida en que aseguren que el usuario ha tenido la oportunidad efectiva de conocer y aceptar libremente las condiciones de la licencia.

La consecuencia de ello es que, en caso de incumplimiento de una cláusula de la licencia por parte del usuario, el proveedor sólo podrá exigir su cumplimiento al usuario (o ejercitar cualquier acción legal derivada de tal incumplimiento, como la resolución de la licencia, la reclamación por daños y perjuicios, etc.) si prueba que el usuario **aceptó verdaderamente dicha condición o tuvo la oportunidad de conocerla antes de aceptarla**. Con esta exigencia de que conste una verdadera aceptación del usuario, se evita que el proveedor pueda actuar de manera abusiva contra el usuario.

Sin embargo, y por el contrario, ello puede dar lugar a graves consecuencias para el proveedor del software: el usuario podrá negar estar vinculado por algunas cláusulas, alegando que no las conoce ni las ha aceptado. Por ejemplo, el usuario podría sostener que no está vinculado por una limitación de garantía o responsabilidad (que sea lícita, siempre que se haya aceptado) y que a la licencia debe aplicársele una garantía sin más límites que los previstos supletoriamente por la ley de aplicación.

Para superar los problemas de validez que presentan las licencias *click-wrap* y *shrink-wrap*, los proveedores del software han procurado seguir las siguientes fórmulas de aceptación:

a) En las **licencias *click-wrap***, asegurando que antes de la descarga o la instalación del programa se advierte al usuario de que el uso del programa **está sujeto a licencia**; además, también antes de la descarga o la instalación, se proporciona al usuario el texto de la licencia (asegurándose de que el usuario puede leerlo antes de seguir con el proceso, por ejemplo mediante la apertura automática del archivo de texto con la licencia). Para poder continuar con dicha instalación y ejecución, se exige al usuario que haga clic en la casilla "sí" o "aceptar", **advirtiéndole expresamente que al hacerlo acepta la licencia**.

De modo parecido, a veces se hace marcar al usuario una casilla en blanco al lado de la cual hay una frase del estilo: "Sí, acepto los términos y las condiciones de la licencia". Una vez marcada, se le hace cliqueando otra casilla (con las palabras *seguir*, *instalar*, *finalizar*, etc.) para llevar a cabo la ejecución o la instalación.

De este modo, la licencia *click-wrap* sí que constituiría una fórmula de aceptación válida.

b) En licencias *shrink-wrap*, se advierte al usuario en el exterior del paquete de los CD, de forma clara, que el uso del programa está sujeto a la aceptación de la licencia (que se halla en el interior del paquete). Se le advierte, además, que si no acepta las condiciones de la licencia, debe devolver la copia y se le reintegrará el dinero pagado.

Por lo tanto, de este modo la aceptación no sólo se deriva de la apertura del paquete, sino al utilizar el software y sabiendo el usuario que tal utilización estaba sujeta a aceptar la licencia. Con esto, el proveedor pretende dejar claro que si el usuario utiliza el software es porque acepta la licencia, la cual ha podido conocer antes de utilizarlo por primera vez.

### Experiencia práctica

Esta fórmula es la que emplea Microsoft en sus programas de entorno Microsoft Office®. En la parte exterior del paquete inserta la advertencia siguiente:

"Para poder utilizar este producto, usted debe aceptar los términos del contrato de licencia adjunto. Si no acepta los términos de la licencia, tendrá que devolver el producto cuanto antes para que se le reintegre el importe".

c) Proceso de **registro de usuario**. Tanto en licencias *shrink-wrap* como *click-wrap*, los proveedores intentan lograr una aceptación válida (y una prueba de ella) a partir de la exigencia o la solicitud de que el usuario se inscriba ante el proveedor-licenciante como "**usuario registrado**".

El proceso de registro puede llevarse a cabo en línea (licencias *click-wrap*) o solicitando al usuario que envíe un formulario cumplimentado con sus datos personales a la dirección del proveedor. A veces, al usuario se le advierte que, si no completa este proceso de registro, el proveedor podrá reclamarle que cese en el uso del programa.

El proceso de registro puede dar lugar a una aceptación válida por el usuario. Ahora bien, su efectividad depende muchas veces de la buena fe del usuario: ¿se dan siempre los datos personales correctos?, ¿cómo se puede conocer la identidad de quien ha descargado o ha adquirido una copia del software sin registrarse?



## 6.2. Aceptación de las licencias de software libre: la GNU-GPL

Hacemos referencia a las licencias de software libre, y en especial a la GNU-GPL, que prevé que por la mera modificación o redistribución del software el usuario está aceptando la licencia. En concreto, la GNU-GPL (Versión 3) establece ciertas normas para su aceptación en la Cláusula 9. En concreto, dicha cláusula:

- Señala que el usuario puede recibir una copia del software y utilizarlo sin que sea necesario que acepte la licencia (licencia unilateral).
- Sí que obliga al usuario a aceptar la licencia para modificar o distribuir el software (el original o derivado). Sólo exonera de la obligación de aceptar la licencia cuando la distribución consiste en una transmisión producida por el mero hecho de emplear una herramienta *peer-to-peer* para recibir una copia.
- En cualquier caso, si el usuario acepta expresamente la licencia pero igualmente modifica o distribuye el software, entiende entonces que acepta la GNU-GPL y todos sus términos y condiciones (aceptación implícita).

Según hemos visto anteriormente, estos postulados de la GNU-GPL pueden entrar en conflicto con el Derecho Español, así como con la legislación de otros países de "Derecho continental". En primer lugar, resulta discutible que el usuario pueda utilizar un software –distribuido con la GNU-GPL– sin que haya aceptado la licencia. También resulta controvertido que por la mera acción de modificar o distribuir el software deba entenderse que el usuario ha aceptado expresamente todas y cada una de las condiciones de la licencia.

Entendemos que en Derecho Español (y en el resto de países que se rigen por el sistema del Derecho Continental) se exige que el usuario haya tenido la oportunidad de conocer las condiciones de la GNU-GPL antes de aceptarlas, y que las acepte realmente.

La propia GNU-GPL establece, en sus Cláusulas 4 y 5, que aquél que distribuya el software debe proporcionar al receptor una copia de la licencia junto con el programa. Así pues, lo que debería hacer quien distribuya el software sujeto a la GNU-GPL es **advertir expresamente al receptor que lea (o que puede leer) la GNU-GPL y que después la acepte**.

Incluso, el proveedor del software debería procurar obtener del usuario una **manifestación expresa de aceptación** de la licencia GNU-GPL, aunque dicha aceptación la obtenga on-line (siempre que se asegure que el usuario, antes de clicar en "aceptar" ha podido leer la GNU-GPL). Y si la GNU-GPL dispone que la modificación o redistribución del programa se considerarán como

aceptación de sus cláusulas por parte el usuario, éste debería estar previamente advertido de que modificar o distribuir el programa implica la aceptación de la licencia. Para ello los encabezamientos de los ficheros fuente suelen (deben) llevar el aviso de autoría y la mención de la licencia, y distribuirse con una copia de la misma.

De cualquier forma, este posible problema legal de validez de la fórmula de aceptación prevista por la GNU-GPL u otras licencias de software libre no tiene excesiva importancia en la práctica. Las licencias de uso para software libre se centran en conceder libertades a los usuarios, y en asegurar que éstos las respetan; no en preservar derechos exclusivos del autor o en limitar las libertades del usuario. Por tanto, aquí no nos encontraremos con posibles abusos del proveedor sobre el usuario, sino que los posibles conflictos podrían estar en un usuario que pretenda distribuir el software como no libre, se niegue a facilitar el código fuente, intente apropiarse del software, que niegue conocer de la existencia de las cláusulas (*disclaimers*) de exoneración de garantías y responsabilidades, etc.

Por lo demás, como la GNU-GPL no recoge restricciones al libre uso del programa (sea cual sea el número de equipos hardware en el que lo instale el usuario para cualquier fin, sea comercial, doméstico, docente, etc.), en la práctica tampoco tiene demasiada trascendencia que el usuario –que se limite a usar el software, sin modificarlo o redistribuirlo– haya aceptado o no la licencia. Y como lo indicamos previamente, es contraproducente para un usuario argumentar que no ha aceptado la licencia, ya que se quedará sin derechos de uso, modificación, distribución, etc.: recordemos que las diferentes legislaciones sobre derechos de autor, como la LPI española, no conceden ningún derecho sobre el software, salvo que se cuente con autorización del autor o el titular de los derechos de explotación.

## 7. Conclusiones

En este módulo, hemos realizado una primera aproximación general a las licencias de software, tanto de software propietario como de software libre, y hemos analizado diversos puntos de importancia. Así, del estudio de esta unidad podemos extraer las siguientes conclusiones:

- a) Las licencias de uso son un contrato, suscrito entre dos partes, y constituyen el instrumento legal habitual por el que el titular de un software concede a otras personas –los usuarios– el derecho a utilizarlo. En las licencias se estipulan, además, limitaciones y prohibiciones que debe respetar el usuario (sobre todo, en el software propietario), o en su caso, la concesión al usuario de otros derechos, como la modificación y la redistribución (sobre todo, en caso de software libre).
- b) Las licencias de uso "estándares" (como las licencias libres) se emplean como instrumento legal para la distribución de software "estándar", lo que supone que gran parte de sus cláusulas consistan en condiciones generales que el licenciante impone a todos los usuarios.
- c) Las licencias de uso se revelan como un instrumento legal adecuado tanto para la distribución de software propietario como para la distribución de software libre, por cuanto cumplen la función jurídica y económica que se persigue en ambos casos: proteger los derechos del licenciante y favorecer sus intereses (licencias "propietarias") o, en el otro extremo, asegurar las libertades de los usuarios e impedir que alguien se apropie en exclusiva el software (licencias "libres").
- d) Las licencias de uso se califican como un contrato *sui generis* y atípico, de modo que no existe una ley que lo regule por completo ni se le aplican de forma automática y en todos los casos las leyes que sí que regulan contratos tradicionales (compraventa, arrendamiento, préstamo, donación, prestación de servicios, etc.). No obstante, las circunstancias concretas de cada supuesto determinarán la posible aplicación, por analogía, de las leyes que regulan unos u otros de dichos contratos tradicionales.
- e) Las licencias de uso se encuentran sujetas no sólo a lo que dispone la Ley de Propiedad Intelectual, sino también a ciertas normas en sede de Derecho Contractual que tratan de proteger la posición de la parte más débil en ciertos contratos: normas protectoras de los consumidores, de los que se adhieren a condiciones generales o de los que contratan por Internet (por ejemplo, en licencias *click-wrap*).

- f) El proveedor-licenciante debe estar legalmente habilitado para conceder una licencia de uso, teniendo los derechos suficientes sobre el software (la "garantía de titularidad"): las licencias se otorgan bien por el autor o los autores originales, bien por el titular derivado de los derechos de explotación del software, o bien por alguien que cuenta –como mínimo– con el derecho a distribuir el software.
- g) El usuario-licenciario es quien adquiere derechos sobre el software por medio de una licencia, como mínimo el derecho de uso. Si se trata de un consumidor, hay ciertas leyes que lo protegen ante cláusulas de la licencia que pudieran ser demasiado onerosas para él y favorables para el licenciante (cláusulas abusivas).
- h) Las licencias libres se basan en el reconocimiento del autor como medio para asegurar las libertades de los usuarios e impedir que alguien intente apropiarse del software libre. Es típico de las licencias libres obligar al usuario que distribuye un software derivado a mantener e insertar anuncios de *copyright*.
- i) Las licencias *shrink-wrap* y *click-wrap* pueden presentar problemas de validez legal, pese a ser ampliamente utilizadas. Dichos problemas de validez se superan configurando el proceso de aceptación de la licencia de modo que se asegure al usuario la oportunidad de conocer sus términos con carácter previo a la acción suya, que se considerará como aceptación.