

Novática, revista fundada en 1975 y decana de la prensa informática española, es el órgano oficial de expresión y formación continua de ATI (Asociación de Técnicos de Informática), organización que edita también la revista REICIS (Revista Española de Innovación, Calidad e Ingeniería del Software). *Novática* edita asimismo UPGRADE, revista digital de CEPIS (Council of European Professional Informatics Societies), en lengua inglesa, y es miembro fundador de UPENET (UPGRADE European Network).

<<http://www.ati.es/novatica/>>
 <<http://www.ati.es/reicis/>>
 <<http://www.upgrade-cepis.org/>>

ATI es miembro fundador de CEPIS (Council of European Professional Informatics Societies) y es representante de España en IFIP (International Federation for Information Processing); tiene un acuerdo de colaboración con ACM (Association for Computing Machinery), así como acuerdos de vinculación o colaboración con AdasSpain, AIZ, ASTIC, Hispalinux (junto a la que participa en ProInnova) y RITS.

Consejo Editorial
 Antoni Carbonell Noguera, Juan Manuel Cueva Lovelle, Juan Antonio Esteban Iriarte, Francisco López Crespo, Julián Marcelo Cocho, Celesino Martín Alonso, Josep Molis / Bertrán, Olga Pallás Codina, Fernando Plera Gómez (Presidente del Consejo), Ramon Puigjaner Trepal, Miguel Sarrías Grindó, Asunción Yturbe Herranz

Coordinación Editorial
 Rafael Fernández Calvo <rfcalvo@ati.es>

Composición y autoedición
 Jorge López Gil de Ramales

Traducciones
 Grupo de Lengua e Informática de ATI <<http://www.ati.es/gl/lengua-informatica/>>, Dpto. de Sistemas Informáticos - Escuela Superior Politécnica - Universidad Europea de Madrid

Administración
 Tomás Brunel, María José Fernández, Enric Camarero, Felicidad López

Secciones Técnicas - Coordinadores
Acceso y recuperación de información
 José María Gómez Hidalgo (Universidad Europea de Madrid) <jmgomez@uem.es>
 Manuel J. Maña López (Universidad de Huelva) <manuel.mana@diesia.uhu.es>

Administración Pública electrónica
 Gumersindo García Arribas, Francisco López Crespo (MAP)
 <gumersindo.garcia@map.es>, <floc@ati.es>

Arquitecturas
 Enrique F. Torres Moreno (Universidad de Zaragoza) <enrique.torres@unizar.es>
 Jordi Tubella Moragas (DAC-UPC) <jordi@ac.upc.es>

Auditoría SITIC
 Marina Tourino Troitino, Manuel Palao García-Suelto (ASIA)
 <marinatourino@marinatourino.com>, <manuel@palao.com>

Derecho y tecnologías
 Isabel Herrando Collazos (Fac. Derecho de Donostia, UPV) <iherrando@legaltek.net>
 Elena Davara Fernández de Marcos (Davara & Davara) <edavara@davara.com>

Enseñanza Universitaria de la Informática
 Joaquín Eppeletz Mateo (DPS-UDAR) <ezpeleta@posta.unizar.es>
 Cristóbal Pareja Flores (DSIP-UCM) <cpareja@sisp.ucm.es>

Entorno digital personal
 Alonso Álvarez García (TID) <alonso@ati.es>
 Diego Gachet Páez (Universidad Europea de Madrid) <gachet@uem.es>

Gestión del Conocimiento
 Joan Baiget Solé (Cap Gemini Ernst & Young) <joan.baiget@ati.es>

Informática y Filosofía
 Josep Corco Juvinyà (UOC) <jcorco@unica.edu>
 Esperanza Marcos Martínez (ESCET-URJC) <cuca@escet.urjc.es>

Informática Gráfica
 Miguel Chover Saltes (Universitat Jaume I de Castellón) <chover@lsi.uji.es>
 Roberto Vivo Hernández (Eurographics, sección española) <rivo@dsic.upv.es>

Ingeniería del Software
 Javier Dolado Cosin (DLSI-UPV) <dolado@lsi.ehu.es>
 Luis Fernández Sanz (PRIS-El-UEM) <lufern@dpriis.esi.uem.es>

Inteligencia Artificial
 Federico Barber Sanchis, Vicente Botti Navarro (DSIC-UPV)
 <(vbothi, fbarber)@dsic.upv.es>

Interacción Persona-Computador
 Julio Abascal González (FI-UPV) <julio@si.ehu.es>
 Jesús Lorés Vidal (Univ. de Lleida) <jesus@eup.udl.es>

Lengua e Informática
 M. del Carmen Ugarte García (IBM) <cugarte@ati.es>

Lenguajes Informáticos
 Andrés Marín López (Univ. Carlos III) <amarin@it.uc3m.es>
 J. Ángel Velázquez Iturbide (ESCET-URJC) <a.velazquez@escet.urjc.es>

Lingüística computacional
 Xaver Gómez Guinovart (Univ. de Vigo) <xgg@uvigo.es>
 Manuel Palomar (Univ. de Alicante) <mpalomar@disi.ua.es>

Mundo estudiantil
 Federico G. Mon Troiti (RITS) <gnu.fede@gmail.com>
 Adolfo Vázquez Rodríguez (Rama de Estudiantes del IEEE-UCM) <a.vazquez@ieee.org>

Profesión Informática
 Rafael Fernández Calvo (ATI) <rfcalvo@ati.es>
 Miguel Sarrías Grindó (Ayto. de Barcelona) <msarrias@ati.es>

Redes y servicios telemáticos
 José Luis Marzo Lázaro (Univ. de Girona), <joseluis.marzo@udg.es>
 Josep Solé Pareta (DAC-UPC) <pareta@ac.upc.es>

Seguridad
 Javier Arellito Bertolín (Univ. de Deusto) <jarellito@eside.deusto.es>
 Javier López Muñoz (ETSI Informática-UMA) <jlm@icc.uma.es>

Sistemas de Tiempo Real
 Alejandro Alonso Muñoz, Juan Antonio de la Puente Alfaro (DIT-UPM)
 <(alonso, iguente)@dit.upm.es>

Software Libre
 Jesús M. González Barahona, Pedro de las Heras Quirós
 (DSIC-URJC) <(jgb, pheras)@gsyc.escet.urjc.es>

Tecnología de Objetos
 Jesús García Molina (DIS-UM) <jmolina@correo.um.es>
 Gustavo Rossi (LIFIA-UNLP, Argentina) <grosi@sol.info.unlp.edu.ar>

Tecnologías para la Educación
 Juan Manuel Dólera Beardo (UC3M) <dolera@inf.uc3m.es>
 Juliá Mingullón / Alfonso (UOC) <jmingullona@uoc.edu>

Tecnologías y Empresa
 Didac López Bullifull (Universitat de Girona) <didac.lopez@ati.es>
 Francisco Javier Cantais Sánchez (Indra Sistemas) <fjcantais@gmail.com>

TIC para la Sanidad
 Valentín Masero Vargas (DI-UNEX) <vmasero@unex.es>

TIC y Turismo
 Andrés Aguayo Maldonado, Antonio Guevara Plaza (Univ. de Málaga)
 <(aguayo, guevara)@icc.uma.es>

Las opiniones expresadas por los autores son responsabilidad exclusiva de los mismos. *Novática* permite la reproducción, sin ánimo de lucro, de todos los artículos, a menos que lo impida la modalidad de © o copyright elegida por el autor, debiéndose en todo caso citar su procedencia y enviar a *Novática* un ejemplar de la publicación.

Coordinación Editorial, Redacción Central y Redacción ATI Madrid
 Padilla 66, 3º dcha., 28006 Madrid
 Tlf. 91 402 93 91 - fax 91 309 36 85 - novatica@ati.es
Composición, Edición y Redacción ATI Valencia
 Av. del Reino de Valencia 23, 46005 Valencia
 Tlf. fax 96 330 30 92 - secretaria@ati.es
Administración y Redacción ATI Cataluña
 Via Laietana, 46 ppal, 1ª, 08003 Barcelona
 Tlf. 93 41 25 235 - fax 93 41 27 713 - secretgen@ati.es
Redacción ATI Andalucía
 Isaac Newton, s/n, Ed. Sadiel,
 Isla Cartuja 41092 Sevilla, Tlf./fax 95 446 07 79 - secretand@ati.es
Redacción ATI Aragón
 Lepoeder, 9, 3º B, 50010 Zaragoza
 Tlf./fax 97 623 51 81 - secretara@ati.es
Redacción ATI Asturias-Cantabria <gp-astucant@ati.es>
Redacción ATI Castilla-La Mancha <gp-clmancha@ati.es>
Suscripción y Ventas
 <<http://www.ati.es/novatica/interes.html>>, o en ATI Cataluña o ATI Madrid
Publicidad
 Padilla 66, 3º dcha., 28006 Madrid
 Tlf. 91 402 93 91 - fax 91 309 36 85 - novatica.publicidad@ati.es
Imprenta
 Derra S.A., Juan de Austria 66, 08005 Barcelona
 DPN: 0211-2124
Depósito legal: B 15.154-1975 - ISSN: Q211-2124
Pertada: Antonio Crespo Foix / © ATI 2006
Diseño: Fernando Agresía / © ATI 2006

editorial

Relevo en la Coordinación Editorial de *Novática*
Premios ATI XL aniversario y I Premio *Novática* > 02
en resumen
Hasta siempre > 03
Rafael Fernández Calvo
noticias de IFIP y de CEPIS
IFIP recibe el Premio ATI XL aniversario (y otras novedades) > 04

monografía

Las Licencias de Software Libre y su contexto
(En colaboración con UPGRADE)
 Editores invitados: *Luis Fajardo López, Jean-Baptiste Soufron*
Presentación. El amplio mundo de las Licencias de Software Libre > 05
Luis Fajardo López
La protección jurídica de los programas de ordenador en el Derecho Español > 09
Javier Plaza Penadés
Fundamentos ideológicos y efectos reales del modelo vigente de propiedad intelectual > 12
Eduardo Melero Alonso
El marco legal de las licencias de programas de ordenador: ¿tiene límites la voluntad del licenciador? > 16
Luis Fajardo López
Reflexiones jurídicas sobre las licencias 'libres' de programas de ordenador en el ámbito de la Administración Pública > 21
Luis Fajardo Spinola, Luis Fajardo López
Software libre en Extremadura, historia de unas buenas razones > 24
Luis Millán Vázquez de Miguel
Creative Commons: licencias de contenido abierto para regular trabajos creativos > 28
Melanie Dulong de Rosnay
Las publicaciones científicas: el papel de los Estados en la era de las TIC > 31
Roberto Di Cosmo

/ docs /

El llamado "canon digital": una evaluación crítica > 36
Comisión Asesora sobre la Sociedad de la Información del Ministro de Industria

secciones técnicas

Ingeniería del Software
Claves para comprender el grado de madurez en que se encuentra la profesión de la Ingeniería del Software en España > 41
Ricardo Colomo Palacios, Edmundo Tovar Caro
Internet
Herramientas de autor para la Web Semántica > 46
Miguel Ángel Corella Montoya, José Antonio Macías Iglesias
Impulsando la creación de metadatos mediante anotación en la Web Semántica > 52
Siegfried Handschuh
Tecnología de Objetos
Evaluación comparativa de herramientas CASE para UML desde el punto de vista notacional > 59
Gonzalo Génova Fuster, José Miguel Fuentes Torres, María Cruz Valiente Vázquez
Referencias autorizadas > 65

sociedad de la información

Personal y transferible
Los estándares abiertos, un renovado impulso: el caso del Formato Abierto de Documentos > 69
Miguel A. Amutio Gómez
Programar es crear
Subexpresiones (CUPCAM 2005, problema H, enunciado) > 74
Ángel Herranz Nieva, Manuel Carro Liñares
A la caza del tesoro (CUPCAM 2005, problema G, solución) > 75
Manuel Freire Morán, Alberto Verdejo López

asuntos interiores

Coordinación editorial / Programación de *Novática* / Fé de erratas > 76
Normas de publicación para autores / Socios Institucionales > 77

Monografía del próximo número: "El 'Marco de Bolonia' y la Informática"

Luis Fajardo López

Abogado, Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Civil en el Centro Asociado de la UNED en Tenerife

<luis@fajardolopez.com>

1. Introducción

Si las licencias de uso de los programas de ordenador no son leyes (pues éstas sólo emanan de los órganos legislativos democráticamente elegidos) ¿porqué vinculan? Lógicamente, dichas licencias vinculan a las partes porque son contratos. En el derecho anglosajón (y principalmente en el norteamericano), sin embargo, la licencia se contempla habitualmente como algo distinto a un contrato. Así lo expresa claramente Eben Moglen, Consejero General de la FSF (*Free Software Foundation*, <<http://www.fsf.org>>)¹, indicando que las licencias no son contratos porque el usuario está obligado por los términos de la licencia, es decir, no porque haya mediado un acuerdo previo (contrato), sino porque no tiene ningún derecho a actuar en relación al programa sino dentro del marco que la licencia diseña y permite². Dicha interpretación es incluso cuestionada en relación al derecho norteamericano, pero no se sostiene en absoluto en un sistema de corte continental europeo, y en particular en el ordenamiento español, donde la licencia sólo puede ser un contrato.

Cosa distinta es afirmar que la licencia configure el modo de explotación de los derechos de propiedad intelectual concedidos y configurados legalmente, lo que debe afectar incluso a quién no es parte en el contrato. Sin embargo, la transmisión de dichos derechos sólo puede hacerse en virtud de contrato. Dicho de otra forma: aunque ciertamente el objeto de dicho contrato es el modo de explotación de los derechos de propiedad intelectual sobre una obra, éste no define el derecho, no lo configura, al modo que señala Moglen, sino que opera sobre la configuración que del derecho y sus facultades hace la ley. Es decir, los derechos del usuario no los determina unilateralmente el creador de la obra, sino que vienen impuestos no sólo por la función social que a los referidos derechos reconoce la Ley de Propiedad Intelectual (LPI)³, en sintonía con el art. 33.2 de la Constitución Española (CE), sino también porque la transferencia de las facultades que integran esos derechos se ha de hacer conforme a unos moldes contractuales que, en la medida en que resulten imperativos, deben integrar dichos contratos (art. 1258 del Código Civil; en adelante Cc)⁴. En definitiva, el autor no es libre de disponer como quiera de su obra, como tampoco lo es el propietario de un terreno de disponer como quiera de éste.

El marco legal de las licencias de programas de ordenador: ¿tiene límites la voluntad del licenciador?



Luis Fajardo López 2006. Este artículo está acogido a los términos de la licencia "Creative Commons Attribution-NonCommercial -NoDerivs 2.5 Spain", <<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/2.5/es/>>

Resumen: *el derecho de propiedad intelectual y las facultades que de él dimanar están reguladas y configuradas por la ley, y no cabe que la voluntad del titular lo configure de forma distinta. Lo que sí cabe es que, por contrato, el titular transmita dichas facultades en las condiciones que tenga a bien. Sin embargo, en el marco de las licencias de los programas de ordenador, estas condiciones no coinciden con la libre voluntad del licenciador, sino que éste está obligado a respetar ciertos derechos del licenciario y a tomar ciertas cautelas a favor del mismo. El objeto de este artículo es dar un repaso, a modo de ejemplo, al contenido de estas limitaciones a la autonomía del licenciador, analizando la validez de las cláusulas de exoneración de responsabilidad, o la prohibición de descompilación, así como la forma en la que deben incorporarse las licencias. Se concluye que las licencias libres se adecuan mejor a la normativa que las propietarias.*

Palabras clave: *consumidores, exoneración de responsabilidad, interoperabilidad, licencias de programas de ordenador, limitaciones al contenido de las licencias, productos defectuosos, técnicas antipiratería.*

Autor

Luis Fajardo López es Doctor en Derecho en la especialidad de Derecho Civil (a la que pertenecen las normas sobre propiedad intelectual) por la Universidad Autónoma de Madrid. Ha sido Profesor Asociado de las Universidades Autónoma de Madrid y de la Universidad de Gerona (acreditado ANECA en las modalidades de Profesor Ayudante Doctor y Profesor Colaborador). Ha impartido múltiples conferencias sobre derecho de las nuevas tecnologías en diversas Universidades y otros foros, siendo pionero en el uso de tecnologías de la información en la educación universitaria. Fue llamado por el Senado para asesorar en relación con la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico. Fue responsable de redes de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid durante los años de creación de la infraestructura de red de la UAM, y es buen conocedor del sistema operativo GNU/Linux. Por tres años judiciales ha sido Juez sustituto. En la actualidad es abogado, dedicado principalmente a nuevas tecnologías. Más información en <<http://fajardolopez.com/cv/LuisFajardo>>.

El problema no es pues si las licencias vinculan, sino si respetan los límites en los que puede moverse. En efecto, la licencia o contrato de licencia para usuario final (CLUF)⁵ debe someterse al menos a la regulación de la LCGC⁶, a las normas reguladoras de la responsabilidad por productos defectuosos⁷, y las demás que en cada caso resulten de aplicación (incluida, lógicamente, la LPI). Determinar cuál es el contenido mínimo de las licencias, el contenido 'imperativo' que el autor no puede modificar, y analizar si es respetado por los principales grupos de licencias es el objeto de este artículo.

Dos son los tipos o grupos de licencias que pueden distinguirse en la práctica, con diferentes modalidades unos y otros:

1. Las licencias libres, en adelante LLIBs⁸, donde se permite al usuario final que realice casi cualquier acto de explotación económica, y muy especialmente la modificación, para lo cual se pone a disposición del usuario los fuentes del programa⁹, permitiendo su redistribución, y limitando únicamente

(en ocasiones) la posibilidad de percibir contraprestación alguna por los derechos de explotación que dicha modificación pudiera originar¹⁰.

2. Las licencias propietarias, en adelante LPROP, donde no se permite al usuario final la modificación ni la redistribución del programa, limitando las posibilidades de copiarlo (incluso para uso propio) a una copia de seguridad, conforme establece la LPI (art. 100.2), cediéndose por tanto únicamente el uso del programa sin posibilidad de alterarlo, para lo cual acostumbra a distribuirse en código objeto¹¹, y limitando su uso al número de ordenadores que la licencia especifique (generalmente a un único ordenador por licencia).

Ambos tipos de licencias señalan que el programa se entrega "en el estado en el que está", o "tal y como está", no haciéndose responsable el licenciador de los daños que su uso pudiera ocasionar, incluso el que haya sido conforme a las instrucciones por él facilitadas.

Pasemos a esbozar en la siguiente sección las limitaciones jurídicas que, desde la óptica de responsabilidad por productos y la defensa del consumidor, tienen dichas licencias.

2. Limitaciones

2.1. Limitaciones generales

Tanto la licencia GPL (*General Public License*), que es el paradigma de las LLIBs, como cualquier otra licencia que se quiera usar o inventar, sólo pueden actuar dentro del margen que el derecho deja a la autonomía de la voluntad (la capacidad de negociación de las partes), cuyos límites están en el artículo 1255 del Código civil: la ley, la moral y el orden público. Por tanto las licencias deberán respetar, en todo caso, la ley, la moral y el orden público.

De estos la referencia a la ley es la que más nos importa, entendiendo que se refiere, lógicamente, a la ley imperativa, como límite de la autonomía de la voluntad.

Por tanto la reformulación de la pregunta de los límites de las licencias sería ¿cuáles son en España las normas imperativas que las licencias deben respetar? No es poco importante el alcance del debate sobre la vulneración de la moral y el orden público, pero no procede entrar ahora en ello.

Siendo las licencias unilateralmente redactadas, deberán considerarse como cláusulas predispuestas, y en la mayoría de los casos condiciones generales de la contratación, por lo que cabría incluso cuestionarse si pueden unilateralmente modificar sin una razón suficiente la ley dispositiva¹². Si sólo una de las partes ha predispuesto el contenido del contrato, surge la pregunta: ¿es suficiente el acuerdo así predispuesto para evitar la aplicación de la Ley dispositiva? Nuestra respuesta es que sí y sólo si posee buenas razones para ello, de modo que si no evitase dicha aplicación no podría realizar el negocio que beneficia a ambas partes.

2.2. Condiciones generales de la contratación

Al tratarse de condiciones generales de la contratación, deberán someterse a los controles de inclusión, integración e interpretación que dispone la antes citada Ley 7/1998, de Condiciones Generales de la Contratación y normas concordantes.

No pueden establecerse criterios generales, pues lo que en un contexto es aceptable puede no serlo en otro. Así por ejemplo no es lo mismo distribuir gratis un código estándar y realizar al tiempo una exoneración de responsabilidad si se usa en equipos críticos para la vida humana, que cobrar por su realización a medida para un sistema médi-

co (por ejemplo) e incluir la misma cláusula de responsabilidad.

Las condiciones generales deben ser apreciadas en cada caso. Lo que se trata de proteger es la libre expresión de la adhesión, así como limitar el alcance de aquellas cláusulas que vayan más allá de lo permitido disponer unilateralmente. El tratamiento de estas cuestiones excede con mucho el contenido de este breve artículo. Sí cabe reseñar sin embargo que no se trata sólo de un control del contenido de las condiciones, sino que existe un control previo (previo a valorar la legalidad de su contenido) denominado control de inclusión. Éste obliga no sólo a redactar las cláusulas con claridad, sino a facilitar su conocimiento y disponibilidad en todo momento a los usuarios. En mi opinión ello obliga a incluirlas en formato electrónico que debe de ir firmado digitalmente por el licenciador¹³. En el caso de las licencias libres es suficiente la remisión al clausulado de una licencia bien conocida en la práctica, firmada dicha remisión digitalmente.

En caso de que no se firme digitalmente, podría considerarse que las condiciones no cumplen los requisitos necesarios para considerar que han sido incluidas en el contrato¹⁴, por lo que el contrato habrá que integrarlo no desde estas normas unilateralmente predispuestas, sino desde las normas generales del contrato que sea de aplicación en cada caso (venta, arrendamiento, préstamo simple,...). Dicho de otra forma, si no se quiere que se consideren no incluidas en el contrato determinadas condiciones generales, resulta muy recomendable que éstas se distribuyan junto con el programa, sean fácilmente accesibles (preferentemente con una opción tipo menú, al modo del “Acerca de” que se suele incluir en el menú “ayuda” de muchos programas) y que se firmen electrónicamente. En la práctica los programas sometidos a licencias libres suelen ir firmados digitalmente e incluir un archivo con la licencia, que forma parte del paquete firmado. Esto no siempre cumple con el referido requisito. Para que dicha práctica pueda considerarse conforme a las normas señaladas es preciso que la distribución que en su día se descargó (o se adquirió por cualquier otra vía), esté a disposición del usuario licenciario de forma permanente a través de Internet.

2.3. Limitaciones provenientes de las normas sobre responsabilidad civil

2.3.1. Régimen general de la responsabilidad civil contractual

Un grupo de normas claramente imperativas en nuestro ordenamiento (en las que, por tanto, la autonomía privada, la negociación, tiene un estrecho margen de maniobra) son las que regulan la responsabilidad, sea esta

contractual (arts. 1101 ss. Cc.) o extracontractual (arts. 1902 Cc. ss. Cc.)¹⁵. Aplicado esto al tema que analizamos, se observa que en las LLIBs la “culpa o negligencia” será algo muy extraño, ya que la comunidad del software libre pone su mejor empeño en mejorar los productos. La propia filosofía de los programas libres hace que sea muy raro encontrar culpa o negligencia.

Cosa muy distinta ocurre con los programas de ordenador propietarios (LPROP): las empresas se sienten acuciadas por liberar versiones, lo que hacen incluso a sabiendas de que el producto aún no está depurado. Ello lo fomenta el propio sistema de desarrollo de uno y otro producto: la programación por módulos (en donde la exigencia de guardar el secreto hace que unos programadores no conozcan lo que hacen otros) genera problemas que no están bien pulidos cuando se libera el producto. Eso es una imprudencia que nuestro ordenamiento sanciona, cuando causa un daño, con la obligación de reparar dicho daño.

En los productos libres las cosas suelen funcionar de otra manera. O bien se adquiere el producto libre para uso propio, sin más que una suerte de comodato (término técnico para una modalidad simple de préstamo), con la particularidad de que el bien no requiere ser restituido porque sólo se ha entregado “una copia”, en cuyo caso responderá el cesionario (comodante) en los términos del 1752 Cc.¹⁶; o bien se usa el producto libre en el ámbito de un arrendamiento de obras o de servicios, por el que el arrendador solicita al arrendatario la solución de determinadas necesidades informáticas, para lo cual el arrendatario utiliza programas con LLIB. En este último caso el resultado de tal aplicación debe o bien no salir del ámbito del arrendador, o bien, si sale, hacerlo respetando los términos de la licencia (LLIB) impuesta por el licenciador. En este segundo supuesto la responsabilidad se ventilaría de forma totalmente ajena a la licencia, dentro del marco del contrato de arrendamiento de servicios, especialmente cuando el arrendatario pueda elegir las soluciones técnicas que haya considerado más adecuadas (esto es, elegir entre el uso de unos u otros programas). La responsabilidad entre el arrendatario y el programador que licencia los programas empleados por éste para cumplir con el arrendamiento cae dentro del modelo del comodato anteriormente referido.

En ambas licencias, de un modo u otro, los desarrolladores se eximen de toda responsabilidad. Eso sería contrario a nuestro ordenamiento porque si causasen un daño con culpa o negligencia tendrían que repararlo. Lo que ocurre es que, por un lado, el nivel de diligencia debido en las LLIBs se concreta en informar de los fallos conocidos que tuviera

el programa (entendida como buena fe subjetiva: los que realmente conociera), mientras que en las licencias propietarias se debe exigir una diligencia algo mayor: no sólo lo que conociera, sino lo que debiera conocer, pues es obligado hacer pruebas y asegurarse de que el programa parece no tener fallos, comprobación de la que podría prescindir quien voluntariamente comparte con otro sus conocimientos y desarrollos informáticos¹⁷.

2.3.2. Limitaciones provenientes de la normativa sobre productos defectuosos

Por último traigo a colación aquí la normativa sobre productos defectuosos, en particular la Ley 22/1994, sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos¹⁸. La definición del art. 2 de la Ley deja mucho que desear: “*A los efectos de esta Ley, se entiende por producto todo bien mueble, aun cuando se encuentre unido o incorporado a otro bien mueble o inmueble. También se considerarán productos el gas y la electricidad*”. Desde luego, pone de manifiesto los problemas que plantea este nuevo bien que son los programas informáticos, a la vez que la rigidez de los textos normativos tan concretos, no por ello más precisos, que en lugar de emplear términos generales (como podía haber sido “suministros”)¹⁹, prefieren enumerar los conceptos que entran en dichos términos (como “electricidad” o “gas”).

El párrafo 3º del art. 3 señala que “*un producto no podrá ser considerado defectuoso por el solo hecho de que tal producto se ponga posteriormente en circulación de forma más perfeccionada*”. Esto no exonera de responsabilidad a los licenciadores de LPROP en los casos en los que el producto no haya sido suficientemente contrastado antes de su puesta en circulación, o se observen en él fallos que *objetivamente* no pueda haber desconocido. En realidad este párrafo lo que pretende es que no pase por malo lo que de acuerdo con los estándares de la técnica era bueno en su día, y servía para los fines a los que fue diseñado.

2.3.3. Limitaciones provenientes de la Ley de Propiedad Intelectual

En los últimos años ha existido un intenso debate a escala comunitaria sobre si los programas de ordenador deberían estar protegidos por las normas de patentes²⁰ (aún no mitigado pese al rechazo en julio de 2005 por el Parlamento Europeo de la propuesta de Directiva de invenciones implementadas en ordenador presentada por la Comisión Europea). Actualmente los programas siguen excluido expresamente de ellas, a pesar de lo cual la Oficina Europea de Patentes tiene registrado un elevado número de patentes que protegen de un modo u otro programas de ordenador. Sea como fuere, se viene cri-

ticando la corrección de la protección que dispensan las reglas de la LPI. Unos la consideran excesiva, en especial por su larga duración (setenta años tras la distribución de la primera copia, art. 98.2 LPI²¹), que no es acorde al desarrollo de las técnicas informáticas (un programa de ordenador pierde en unos pocos años su valor de mercado), y porque los derechos morales no suelen tener mucho sentido en relación con estas obras. Las críticas más virulentas, sin embargo, corresponden a quienes mantienen que resulta una protección insuficiente, porque protege contra la pequeña piratería, pero no contra la competencia desleal²².

En realidad la mejor protección contra la competencia desleal sería el conocimiento del código fuente de las aplicaciones, unido a un correcto método de detectar la originalidad de un determinado código²³. Pero expongamos los términos en los que la normativa vigente se expresa, para atender después estas y otras críticas.

En primer lugar el contenido de los derechos de explotación viene regulado en el artículo 99 de la LPI, que los concreta en tres apartados, cada uno referido a una modalidad de explotación económica: reproducción (99.a), transformación (99.b) y distribución (99.c)²⁴: Pero el propio art. 99 de la LPI ya señala que los derechos en él reconocidos se tendrán “*sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 100*”, que regula de los límites a los derechos de explotación.

Las limitaciones más importantes, y las más controvertidas, desde el punto de vista práctico son las contenidas en los números 1 y 5 de dicho art. 100; el primero permite la adaptación del programa a las finalidades del usuario, mientras que el quinto posibilita la “*reproducción y traducción de su forma*” para hacer posible la interoperabilidad con otro programa creado de forma independiente²⁵. Analizaremos a continuación ambos epígrafes.

a) La adaptación del programa y el requisito de la interoperabilidad

Señala el epígrafe 1 del art. 100 de la LPI: “*No necesitarán autorización del titular, salvo disposición contractual en contrario, la reproducción o transformación de un programa de ordenador incluida la corrección de errores, cuando dichos actos sean necesarios para la utilización del mismo por parte del usuario legítimo, con arreglo a su finalidad propuesta*”.

En primer lugar observamos que se trata de una limitación que puede ser modificada por convenio. Sin embargo debe estudiarse si limitar la facultad de adaptar un programa a las necesidades propias del usuario puede hacerse en condiciones generales de la contra-

ción, o sólo es válida en tanto sea una condición negociada. Según ha quedado expuesto, las condiciones generales no pueden derogar la ley dispositiva a menos que exista una razón poderosa de organización del tráfico económico en masa. La razón que motivaría la derogación de esta regla obedece a un mero interés de marketing o de evitar la competencia, pero no a las necesidades que justifican el empleo de condiciones generales²⁶. Desde este punto de vista, debe ser recogida en una cláusula negociada individualmente.

Tras ello se comprenderá que la prohibición que suele establecerse en las licencias propietarias referida a la modificación del programa²⁷ podría vulnerar este apartado 1 del artículo 100 de la LPI, en el sentido de que por ley un usuario final autorizado puede adaptar a sus necesidades el programa. La realidad es que el usuario final no tiene, por regla general, los conocimientos técnicos necesarios para realizar dicha modificación, pero nada impide que ejecute en su ordenador un segundo programa diseñado por un tercero que modifica el programa original, adaptándolo a las necesidades del usuario final.

El programa que modifica un programa original (habitualmente conocido como parche, otras veces como *service pack*) podría por tanto ser desarrollado por un tercero, bajo el amparo bien de la excepción primera del art. 100 de la LPI, bien bajo el amparo de la quinta, que limita las facultades de los apartados a) y b) del artículo 99 de la LPI (reproducción y transformación) a fin de posibilitar la realización de programas que interoperen con el protegido por los referidos párrafos. En la mayoría de los casos los nuevos programas se podrán entender como un módulo que interopera con el programa protegido, pero aunque no fuese así y se tratase de un mero parche, corrección o modificación²⁸ de la forma de operar del programa original, debe considerarse que se está ante una corrección que puede ser no sólo realizada por cualquier usuario legítimo, sino cedida por éste como programa independiente al original, y con el que interopera en los términos del párr. 5 del art. 100 de la LPI. En aval de esta tesis puede señalarse que las ideas y principios en los que se inspira un programa de ordenador no resultan protegidos por los derechos de autor, sino únicamente la expresión concreta de su código, y que un parche, mejora, o añadido funcional (en la medida en la que no incorpora el código protegido, sino que se limita a producir la modificación de éste en el ordenador del usuario) no vulnera los derechos de explotación reconocidos a su titular por la LPI.

b) Medidas técnicas antipiratería

Visto esto, puede uno preguntarse si las medidas técnicas antipiratería que incorporan algunos programas de ordenador, en la medida que suponen una dificultad impor-



En realidad la mejor protección
contra la competencia desleal sería
el conocimiento del código fuente
de las aplicaciones



tante para el ejercicio de las facultades que el artículo 100 reconoce al usuario final, pueden ser consideradas ilegales o, cuanto menos, suponen una limitación ilegítima de los derechos del usuario de la que podría derivarse alguna suerte de responsabilidad contractual. La reforma de la Ley de Propiedad Intelectual que se ha aprobado recientemente²⁹ incorpora el tratamiento propio de dichas medidas según los tratados internacionales suscritos por España (y especialmente la Directiva 2001/29/CE³⁰). Sin embargo ello no significa que dichas medidas no puedan ser una forma de vulnerar las limitaciones al derecho de autor de los programas.

Sorprende por tanto la redacción de la letra c) del art. 102 LPI, que considera infractores de los derechos reconocidos en el art. 99c a “*Quienes pongan en circulación o tengan con fines comerciales cualquier instrumento cuyo único uso sea facilitar la supresión o neutralización no autorizadas de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger un programa de ordenador*”.

Debe señalarse que dicha sorpresa permanece incluso después de constatar que el encabezado del artículo señala que se aplicará “*sin perjuicio de lo establecido en el artículo 100*”. La misma aparente contradicción, que permite ‘desproteger’ un programa y al mismo tiempo considera infractor de los derechos de autor a quien disponga de la tecnología y medios para su desprotección, se observa en el texto de la Directiva de la que estos artículos traen causa. Pero es aún más llamativo que el art. 270, párr. 3º del Código Penal (CP) establezca que “*Será castigada también con la misma pena [prisión de seis meses a dos años o de multa de seis a veinticuatro meses] la fabricación, puesta en circulación y tenencia de cualquier medio específicamente destinada a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador*”³¹.

Debe advertirse que, por regla general, los medios técnicos que se emplean para proteger los programas son los mismos que se requieren para proceder a su desprotección, pero es más, aunque no fuese así, la tenencia de estos medios es necesaria para poder ejercitar los derechos que confiere el art. 100 de la LPI. Si no fuese por lo que expresa el CP

podría intentar defenderse una interpretación que invirtiese la carga de la prueba, interpretación por la cual, una vez demostrada la tenencia de los medios técnicos, se presumiría la realización de la infracción

Así, la práctica judicial penal parece mostrarse más pulcra y respetuosa con otros valores como la presunción de inocencia de lo que parece ser la desafortunada redacción del tipo penal³², exigiendo en todo caso que el medio técnico incautado sirva *única y exclusivamente* a los fines previstos³³.

Procede resolver por tanto dicha contradicción por vía de interpretación, que no ha de estar muy alejada de la interpretación penal: Una posible interpretación podría consistir en entender que la infracción (civil) se produciría, conforme a la letra c) del art. 102 de la LPI, cuando se ponga en circulación o se tenga un instrumento específicamente diseñado para supresiones o neutralizaciones no autorizadas de los dispositivos técnicos que protejan programas de ordenador. Sin embargo ello equivaldría a evitar la aplicación del artículo en la práctica, relegándolo su aplicación a supuestos hipotéticos, por cuanto no es mínimamente normal la existencia de tal instrumento específicamente diseñado para realizar solo las neutralizaciones no autorizadas³⁴.

Considero por tanto que la interpretación señalada expone precisamente el contenido de la presunción legal que la norma analizada contiene, una vez que se pruebe el carácter comercial de la tenencia. Por tanto, la mera tenencia no es indicadora de la infracción, sino que debe probarse el fin comercial o ánimo de lucro de la misma, caso en el que el supuesto infractor deberá probar la posesión o puesta en circulación del instrumento con un fin lícito. Por tanto el “único uso” debe referirse a que es el único que del instrumento hace el supuesto infractor, no que sea el único uso posible del instrumento, objetivamente considerado.

3. Conclusión: contenido mínimo de las licencias

Desde la óptica que se viene señalando de que las licencias son parte de un contrato y no una mera modulación de los derechos de autor, no debe olvidarse a qué obligan los contratos, tal y como dispone el art. 1258 del Cc. Desde esta perspectiva se viene obligado

a advertir al consumidor de sus derechos y, en particular, dichos deberes de información debieran extenderse al contenido de las excepciones del art. 100 de la LPI.

Desde el punto de vista de la LPI, el contenido mínimo de un CLUF, licencia o contrato de licencia para usuario final, parece ser el uso del programa, lo que debía incluir la autorización para almacenarlo temporalmente (en memoria RAM o en la caché de disco que la sustituya) cuando la carga, presentación, ejecución, transmisión o almacenamiento de un programa necesiten tal reproducción (art. 99 a), lo que es la forma habitual de funcionamiento de un programa de ordenador³⁵. La licencia deberá especificar el tiempo por el que se cede el uso y, de no decirlo, se entenderá que es para siempre (venta), y determinar qué tipos de derechos de explotación se transmiten o ceden, de los previstos en el artículo 99 de la LPI. Finalmente, debe referirse si la licencia es gratuita u obliga a un previo pago de un precio o canon.

▶ Notas

¹ Profesor de la *Columbia University Law School*, <<http://emoglen.law.columbia.edu/>>, así como Presidente del *Software Freedom Law Center*, <<http://www.softwrefreedom.org/>>.

² Eben Moglen, "Free Software Matters: Enforcing the GPL, I", 12 de agosto de 2001, <<http://emoglen.law.columbia.edu/publications/lu-12.html>>.

³ Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, LPI, <<http://inicia.es/de/tip/LPI.doc>>

⁴ Texto completo disponible en <<http://civil.udg.es/NORMACIVIL/estatal/CC/INDEXCC.htm>>.

⁵ Contrato de Licencia para Usuario Final, más conocido por sus siglas en inglés: *End User License Agreement*, EULA.

⁶ Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación, (BOE núm. 89, de 14-04-1998), disponible en <<http://civil.udg.es/NORMACIVIL/estatal/contract/lcgc.htm>>.

⁷ En particular, la Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos, (BOE 161, de 07-07-1994), disponible en <<http://civil.udg.es/NORMACIVIL/estatal/resp/Lrp.html>> Y en relación con la responsabilidad civil general, los artículos 1902 ss. del Código civil para la responsabilidad extracontractual, y 1101 ss. del mismo código para la contractual.

⁸ En ocasiones me referiré no sólo a las licencias libres, sino también a todas las de código abierto, distinguiendo cuando sea conveniente entre ambas.

⁹ Se entiende por fuente del programa el texto con los comandos que son pasados al ordenador para que ejecute las órdenes que el programador ha previsto ante distintos eventos, de tal modo que permite ser comprendido, y por tanto alterado, por el hombre.

¹⁰ En puridad debe distinguirse programas de *código abierto*, que son todos aquellos en los que se pone a disposición del usuario los fuentes del programa (serán por tanto abiertos "por necesidad" todos los programas realizados en lenguajes no compilables, interpretados en tiempo de ejecución), y programas *libres*, o *de uso libre*, poniendo el énfasis de dicha libertad en la reutilización del código para adaptarlo a nuevas necesidades (con la obligación en las licencias más "puras" de volver a licenciar las modificaciones bajo el mismo régimen), más que en la gratuidad.

¹¹ Se denomina código objeto, o código máquina, al resultado de una operación que convierte el código fuente en una serie de unos y ceros, que son las verdaderas instrucciones que el ordenador ejecuta, y que no es comprensible por el hombre. El motivo de pasar de código fuente a código máquina es que así el ordenador no tiene que "traducir" cada vez que tenga que ejecutar una orden, con lo que el programa gana en velocidad. Además, el código máquina sirve para proteger, por la vía de hecho, una supuestamente ilegítima alteración del programa (como una mejora del mismo).

¹² Esto es, las normas jurídicas que el legislador establece para el caso de que las partes no pacten nada al respecto, pudiendo éstas si así lo acuerdan evitar su aplicación, a diferencia de las normas imperativas, en las que el acuerdo contrario de las partes es nulo.

¹³ Al menos en la medida en la que resulte de aplicación la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico (y en particular sus artículos 27.4, 23.3, y 24.1), <<http://www.lssi.es/s>>, que creo debe de aplicarse extensivamente a los contratos relativos a derechos de autor sobre programas de ordenador. Dicha aplicación se debe realizar en combinación con el RD 1906/1999, de 17 de diciembre (BOE de 31-12-1999), <http://www.juridicas.com/base_datos/

[Admin/rd1906-1999.html](http://www.juridicas.com/base_datos/Admin/rd1906-1999.html)>, que regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales de la contratación.

¹⁴ O devenir otros efectos perjudiciales para la eficacia del contrato. Las consecuencias exactas son objeto de discusión en la doctrina jurídica.

¹⁵ Especialmente esta última que, al definirse como la responsabilidad que surge cuando no existe contrato, es evidente que no cabe su moderación contractual.

¹⁶ Otra solución, aunque no resulta tan aceptable, es considerar que no hay relación contractual alguna entre el autor del programa (y las sucesivas personas que pudieran redistribuirlo y ceder a su vez los derechos de redistribución) y el usuario final, en cuyo caso tendríamos que acudir a la responsabilidad extracontractual del art. 1902 Cc., que impone una regla que, en definitiva, es la misma del 1752 Cc., pues esta última no señala más que un comportamiento que debe ser reputado negligente conforme al art. 1902, sólo si el posible daño era conocido, no pudiendo obligarse al autor a un comportamiento tan garantista como si la relación fuese contractual, que es lo que viene a señalar para el supuesto del comodato el art. 1752 Cc.

¹⁷ La práctica es que los programas con LLIBs suelen someterse a muchas más pruebas que los sometidos a LPROP, entre otras cosas porque las primeras cuentan con una comunidad de usuarios dispuestos a "hacer pruebas", mientras que los usuarios del segundo grupo prefieren "pagar por algo hecho".

¹⁸ Sin perjuicio de que con ello, lógicamente, no se cierra el elenco de normas que configuran el marco que rige las licencias, aún cuando sí son las citadas las más importantes.

¹⁹ O "suministros privados", o servidos por empresas no dependientes de la Administración Pública; en definitiva, si lo que se quería era excluir el suministro de agua, habría que decirlo expresamente (aunque estaríamos ante la misma falta de previsión). La ley está disponible en <<http://civil.udg.es/NORMACIVIL/estatal/resp/Lrp.html>>.

²⁰ Lo que dió lugar a la presentación por la Comisión de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de febrero de 2002, COM (2002) 92 final, sobre la patentabilidad de las invenciones implementadas en ordenador, <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/site/es/com/2005/com2005_0083es01.pdf>, en la que se recogía la línea de las resoluciones de las Oficina de Patentes Europea, tendente a permitir la patentabilidad de los programas de ordenador, lo que es la práctica administrativa en Europa.

²¹ O tras la muerte del autor si se trata de una persona física (arts. 26 a 30 LPI).

²² Precisamente las normas sobre competencia desleal, que no son objeto de este artículo, mucho tienen que decir en el correcto funcionamiento del mercado informático, y en particular en relación con la validez de algunas cláusulas de las licencias.

²³ La jurisprudencia de los EE.UU. ha elaborado varias interesantes técnicas para valorar si estamos ante un diseño original o ante una copia de un programa, que pueden ser extrapoladas a nuestros ordenamientos europeos. Lo más interesante es destacar que atiende no sólo a la literalidad de su código fuente, sino a las diversas estructuras de funcionamiento lógico, flujo y almacenamiento de datos, etc.,... pero obviando las estructuras conocidas sobre las que no existe originalidad en ninguno de los dos programas a comparar.

²⁴ Art. 99 LPI: "a) *La reproducción total o parcial, incluso para uso personal, de un programa de ordenador, por cualquier medio y bajo cualquier forma, ya fuere permanente o transitoria. Cuando la carga, presentación, ejecución, transmisión o almacenamiento de un programa necesiten tal reproducción deberá disponerse de autorización*

para ello, que otorgará el titular del derecho; b) La traducción, adaptación, arreglo o cualquier otra transformación de un programa de ordenador y la reproducción de los derechos de la persona que transforme el programa de ordenador; c) Cualquier forma de distribución pública incluido el alquiler del programa de ordenador original o de sus copias."

²⁵ Artículos que previsiblemente no resultarán afectados por la reforma de la LPI que se tramita en estos momentos en el Parlamento.

²⁶ Dicho de otro modo: si suprimimos mentalmente dicha condición general del contrato, los costes de transacción que supone su celebración no se ven alterados, porque lo único que pretende esa cláusula es luchar contra la competencia, cautivar mercado, o conseguir una satisfacción económica por un derecho que legalmente no se tiene, lo que, dejando a un lado la aplicación de la LDC, resulta poco deseable desde un puro análisis económico del derecho.

²⁷ Como ejemplo, la licencia para un conocido paquete ofimático dice así "Limitaciones en materia de ingeniería inversa, descompilación y desensamblaje. No podrá utilizar técnicas de ingeniería inversa, descompilar ni desensamblar el producto software, excepto y sólo en el caso que tal actividad esté expresamente permitida por la ley aplicable, no obstante esta limitación". Dejemos de lado la ambigua redacción consistente en prohibir salvo que esté permitido, lo que requiere que el usuario investigue si existe una ley que lo permita. Mejor dicho, si existe una ley que prohíba el pacto prohibitivo que esta condición efectúa, lo que resulta de la interpretación de los artículos 99.b relac. 100.3 y 100.5 LPI.

²⁸ Nótese que aunque la ley española no lo haya recogido expresamente, el art. 5.1 de la Directiva 91/250/CEE en que se basa la excepción primera del art. 100 LPI español, señala que quedará "incluida la corrección de errores" entre los actos "necesarios para la utilización del programa del ordenador (...) con arreglo a su finalidad propuesta" que legitima la modificación del mismo sin autorización del titular de los derechos de autor.

²⁹ El texto aprobado está disponible en <<http://www.boe.es/boe/dias/2006/07/08/pdfs/A25561-25572.pdf>>.

³⁰ Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2001 relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, disponible en <http://europa.eu.int/eur-lex/es/consleg/main/2001/es_2001L0029_index.html>.

³¹ El Código Penal está disponible en <http://www.juridicas.com/base_datos/ Penal/lo10-1995.html>.

³² Véase la sentencia del Juzgado de lo Penal nº 8 de Barcelona, de 19-2-2002, <<http://www.bufetalmeida.com/sentencias/sentencias.html>>. En ese mismo sentido se pronuncia la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2006.

³³ Véase en este sentido la señalada Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado, disponible desde <<http://www.fiscalia.org>>.

³⁴ J. Delgado Echevarría. "Artículo 102", *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, pp. 1512-1518, v. pp. 1514 ss.

³⁵ Una vez entre en vigor la reforma de la LPI actualmente en tramitación, dicha autorización se entenderá conferida siempre, sin que quepa pacto en contra, en virtud de la nueva redacción de su artículo 31.1.