



La validez jurídica de la licencia GPL en España

Madrid, diciembre de 2006

V. 2.0.



La validez jurídica de la licencia GPL en España

Autores

Dña. Elena Pérez Gómez

D. Antonio Sánchez-Crespo López


Socios de Sánchez-Crespo Abogados y Consultores®

La validez jurídica de la licencia GPL en España.

Segunda edición, diciembre 2006.

Versión 2.0. Revisada en diciembre de 2006 con motivo de la entrada en vigor de la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.



© Sánchez-Crespo Abogados y Consultores, S.L. 2006.  (Algunos derechos reservados).

Este estudio se edita bajo licencia Creative Commons. Además de los usos que permite la ley, queda expresamente autorizado a copiar, distribuir y comunicar públicamente su contenido siempre que se realice sin ánimo de lucro y se mantenga la atribución de la autoría a Sánchez-Crespo Abogados y Consultores, S.L.

Sánchez-Crespo Abogados y Consultores®

C/ Velázquez, 78 · 4.º Dcha.

28001 Madrid (España)

<http://www.sanchez-crespo.com/>

bufete@sanchez-crespo.es

T: +34 913 096 330

F: +34 915 783 210

Sánchez-Crespo Abogados y Consultores®

Sánchez-Crespo Abogados y Consultores® es resultado de la fusión de Lexconsult Abogados (bufete creado por D. Antonio J. Sánchez-Crespo Casanova hace más de 25 años) y de DEiSiNFO (bufete creado por D. Antonio Sánchez-Crespo López y por Dña. Elena Pérez Gómez hace más de cinco años).

Para más información, diríjase a nuestra página web: <http://www.sanchez-crespo.com>

Puede encontrar una copia de este documento en las siguientes URL

<http://www.sanchez-crespo.com/archivo/software-libre/Validez%20juridica%20licencia%20GPL%20%28v2%29%20Sanchez-Crespo.pdf/view>

http://www.artica.es/docs/informe_gpl2.pdf

Agradecimientos

- Ártica Soluciones Tecnológicas.
- Free Software Foundation y Free Software Foundation Europe.
- Fundación para el conocimiento Madri+d. Oficina del emprendedor de base tecnológica.
- UNED (Universidad Nacional a Distancia).

Índice

	Pág.
Abreviaturas	12
Prólogo.....	14
1. Cuestiones previas	17
2. La transmisión de los derechos de explotación sobre los programas de ordenador	24
2.1. Modificación y distribución	24
2.2. Copias literales de los programas.....	45
2.3. Comunicación pública	48

3.	Ámbito de aplicación.....	55
4.	Los programas derivados y programas colectivos y en colaboración	61
5.	La integridad de la licencia.....	65
6.	La ausencia de garantía.....	68
7.	Conclusiones	70

Abreviaturas

AN	Audiencia Nacional
Apdo.	Apartado
Apdos.	Apartados
BOE	Boletín Oficial del Estado
Cap.	Capítulo
CC	Creative Commons
Disp. Adic.	Disposición Adicional
FSF	Free Software Foundation
GNU_GPL	GNU's Not UNIX_General Public License
LPI	Ley de Propiedad Intelectual
Pág.	Página
P. ej.	Por ejemplo
RD	Real Decreto

SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia de Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TRLPI	Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual
TS	Tribunal Supremo
UNED	Universidad Nacional de Educación a Distancia
URL	<i>Uniform Resource Locator</i>
Vid.	Véase
V. gr.	Verbigracia

Prólogo a la primera versión

El Software Libre se ha convertido en uno de los fenómenos sociales y tecnológicos más importantes de nuestro tiempo. La organización de un movimiento social basado en la libertad del Conocimiento, que persigue la defensa de las libertades individuales, y que al mismo tiempo establece un modelo de innovación y desarrollo tecnológico, es hoy un realidad contundente de orden global.

Este desarrollo ha sido posible gracias a la visión de Richard Stallman, iniciador del fenómeno del Software Libre, promotor del proyecto GNU, y perpetuo activista. Importante ha sido también el trabajo de cientos de miles de personas en todo el mundo que, mediante un esfuerzo de colaboración sin precedentes, han conseguido hacer del sueño de Stallman una realidad cotidiana.

Sin embargo, es imprescindible mencionar, a la hora de enumerar los diversos catalizadores del Software Libre, el concepto de Copyleft, y la licencia GPL. Inventado también por Richard Stallman, el Copyleft ("izquierdo de copia") es una ingeniosa aplicación de la ley de copyright ("derecho de copia") que consigue invertir sus consecuencias efectivas habituales.

Donde normalmente el copyright se utiliza para restringir el derecho de uso, copia, modificación y distribución de las obras, el Copyleft (como caso particular de copyright) *permite* el uso, copia, modificación y distribución, pero con una importante característica adicional: esas copias o modificaciones deberán publicarse bajo una licencia idéntica a la del original.

El Copyleft, además de fomentar la creación de programas libres, ha permitido asegurar

La validez jurídica de la licencia GPL en España

legalmente el futuro de las obras de muchos programadores, garantizando su utilidad y destino como Software Libre.

La licencia GPL, publicada por la FSF de Stallman, es la licencia de tipo Copyleft más utilizada en el mundo. Actualmente, está inmersa en un proceso de adaptación y actualización en su nueva versión 3. La actual versión 2 ha sido elegida durante quince años por la gran mayoría de desarrolladores de Software Libre de todo el mundo.

Este estudio sobre la validez jurídica de la GPL en el marco legal español es por lo tanto un ejercicio conveniente y necesario, de gran interés para quienes deseen implantar soluciones publicadas bajo GPL; acerca también a los profesionales del derecho al mundo del Software Libre; y, finalmente, ayuda a promover el fin mismo de la licencia: asegurar legalmente las libertades del usuario de obras libres y sus obras derivadas.

Madrid, 22 de julio de 2006

Pablo Machón

Presidente de la Free Knowledge Foundation / Fundación Conocimiento Libre.

Coordinador de la Free Software Foundation Europa en España.



1. Cuestiones previas

La *Free Software Foundation* es una organización creada por Richard Stallman en 1.984 para garantizar la difusión del uso y el conocimiento del software libre. Con el fin de abordar los aspectos jurídicos de su proyecto, la *Free Software Foundation* formuló la llamada licencia GNU GPL.¹ con la finalidad principal, según sus afirmaciones, de garantizar a los usuarios mayores libertades en el uso del software.

La filosofía de este tipo de licencia redunda en cuatro libertades que la FSF considera básicas para el usuario:

- Libertad 1: La libertad de usar el programa, con cualquier propósito.

- Libertad 2: La libertad de estudiar cómo funciona el programa, y adaptarlo a las necesidades de cada usuario. El acceso al código fuente es una condición previa para esto.
- Libertad 3: La libertad de distribuir copias, para poder ayudar a la comunidad de programadores.
- Libertad 4: La libertad de mejorar el programa y hacer públicas las mejoras a los demás, de modo que toda la comunidad se beneficie. El acceso al código fuente es un requisito previo para esto.

La licencia GPL se encuentra actualmente en su Versión 2, de junio de 1.991, si bien en estos momentos se está preparando la Versión 3 de la misma que, presumiblemente estará

¹ En adelante, GPL..

La validez jurídica de la licencia GPL en España

lista para el año 2007. Este informe, de momento, se ciñe a la versión actual.

El software libre tiene una amplia comunidad de partidarios hoy en día en todo el mundo. En nuestro país, la propia Administración del Estado se muestra favorable a la utilización del software libre en sus Instituciones, habiendo dictado una "Propuesta de recomendaciones de la Administración General del Estado sobre el uso del software libre y de fuentes abiertas".². Dicha propuesta ha sido elaborada por el Grupo de Software Libre en la Administración General del Estado, creado por el Consejo Superior de Informática.

Sus argumentos a favor del software libre se basan en las garantías que, según el estudio, el software libre otorga a favor de la libertad de elección, la protección de la inversión, la mejor relación precio/rendimiento y la garantía de comunicación e interoperabilidad

La propuesta reconoce que el software libre y de fuentes abiertas está sometido a propiedad intelectual y derechos de autor, igual que

cualquier otro software. Con las ventajas añadidas que mencionábamos en el párrafo anterior.

² <http://www.csi.map.es/csi/pg5s44.htm>.

¿Qué protección jurídica reciben los programas de ordenador?

Los programas de ordenador reciben en España una protección con arreglo a la legislación sobre derechos de autor. Este amparo legal bajo la ley de propiedad intelectual es generalizado en toda Europa y es una tendencia que se extiende por el mundo.

El "Convenio de Berna" de 1971, ya atribuía al software el carácter de obra literaria argumentando que "el software no es otra cosa que un texto escrito en un lenguaje especial mucho más sencillo que el utilizado cotidianamente por nosotros los humanos".

El acuerdo sobre los "Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio" (ADPIC, de 1994), de la Organización Mundial de Comercio, ratificó varios años después lo establecido en el Convenio de Berna, el acuerdo ADPIC dice en el párrafo primero, del Art. 10: "los programas de ordenador, sean programas fuente como programas objeto, serán protegidos como obras literarias en virtud del Convenio de Berna (1971)"

La propiedad intelectual de un programa, corresponde al autor por el sólo hecho de su creación. Es una gran ventaja si se tiene en cuenta que el programa no necesita inscripción registral para reconocer su autoría.

La validez jurídica de la licencia GPL en España

Aunque la Ley reconoce la posibilidad de inscribir en el Registro de Propiedad Intelectual los programas y sus sucesivas versiones. Es una cuestión sobre la que también incide la FSF, que considera oportuno registrar el copyright.

Under the Berne Convention, everything written is automatically copyrighted from whenever it is put in fixed form. So you don't have to do anything to "get" the copyright on what you write--as long as nobody else can claim to own your work.

However, registering the copyright in the US is a very good idea. It will give you more clout in dealing with an infringer in the US.

La Ley de Patentes excluye específicamente la patentabilidad de los programas de ordenador en España. Si bien el derecho de patentes y de propiedad intelectual no son jurídicamente incompatibles. Un programa protegido por la LPI puede ser también objeto de protección por la Ley de Patentes si forma parte de un invento patentado.

Los argumentos a favor y en contra de la patentabilidad del software son, hoy en día, una lucha política que, de momento, a nivel europeo, se ha saldado del lado de la propiedad intelectual. No es una cuestión cerrada en cualquier caso porque la Comisión Europea ha abierto una consulta pública sobre las futuras medidas que podrían mejorar el sistema de patentes en la Unión Europea.

Diversas Administraciones Autonómicas se han implicado también con el software libre. Por ejemplo, Extremadura con su proyecto

1. Cuestiones previas

gnuLinex.³, o Andalucía con Guadalinux.⁴. En esta última comunidad, en concreto, se dictó un Decreto.⁵ por el que la Junta de Andalucía opta por el software libre como instrumento para el impulso de la sociedad del conocimiento en Andalucía.

Además, entre ambas comunidades han firmado un protocolo general de colaboración en materia del software libre.

En el ámbito judicial, un Juzgado de Madrid ha hecho referencia.⁶ por primera vez al copyleft como "movimiento" de "carácter alternativo". Y otro Juzgado de Badajoz reconoce en su sentencia.⁷ la validez de la licencia *Creative Commons* como alternativa a la gestión de obras musicales por la SGAE.

Son sentencias que reconocen la alternativa del Copyleft para obras musicales y no para el software, pero ya es un primer paso el reconocimiento judicial del movimiento Copyleft como protección del derecho de autor. Aunque en este caso sea, como alternativa a la gestión de los derechos de explotación del autor por parte de la SGAE.

³ <http://www.linex.org/>

⁴ <http://www.guadalinux.org/modules/news/>

⁵ Decreto 72/2003.

⁶ Sentencia n.º 12/2006 Juzgado de lo Mercantil n.º 5 de Madrid.

⁷ Sentencia n.º 15/2006 del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Badajoz.

¿Qué es una licencia de software?

Es conveniente pararse a explicar algunos tipos de licencia de software, de los muchos que existen, porque nos va a ser de gran utilidad a lo largo de este estudio.

Hay un gran número de licencias susceptibles de ser aplicadas al software tanto para su uso, como para su comercialización.

Aquí vamos a mencionar, brevemente, aquellas que están ligadas con el objeto del análisis de este estudio, para poder comparar sus características con la propia GPL.

En primer lugar, las licencias de uso de software por medio de las cuales, el titular de los derechos de explotación del programa, concede al usuario final el uso del software a cambio de una retribución. El caso más habitual son las llamadas EULA (*End User License Agreement*) por las que, el titular del programa, únicamente permite el uso del programa

No es el caso de la licencia GPL, que concede al usuario la posibilidad de copiar, distribuir y modificar el programa.

Y, en segundo lugar, las licencias de distribución de software que pueden introducir variantes e incluir la transformación del software junto con la distribución, en el caso de que la empresa licenciataria, por ejemplo, necesite adaptar el programa a sus necesidades.

Una vez más en el caso de los programas de código cerrado este tipo de licencias son muy restrictivas, al contrario de lo que sucede con la licencia GPL.

2. Transmisión de los derechos de explotación sobre los programas de ordenador

Según la Ley de Propiedad Intelectual, el autor de un programa, tiene la posibilidad de transmitir los derechos de explotación de dicho programa. Esos derechos exclusivos de explotación incluyen, entre otros, el derecho de reproducción total o parcial del programa; la traducción, adaptación, arreglo o cualquier otra transformación del programa; y, cualquier forma de distribución pública.⁸

Esa cesión de derechos de explotación la limita la Ley al derecho o derechos cedidos; a las modalidades de explotación expresamente

previstas; y al tiempo y ámbito territorial.⁹ que se determinen.

Partiendo del marco legal español, vamos a analizar en este apartado la compatibilidad de los distintos supuestos de transmisión de los derechos de explotación sobre el programa con las facultades que concede para los cesionarios de los derechos la licencia GPL.

2.1 Modificación y distribución

⁸ Vid. *infra* apdo. 3.2 para el derecho de comunicación pública.

⁹ Para el análisis del tiempo y ámbito territorial *vid. infra* apdo 3.

La validez jurídica de la licencia GPL en España

El autor de un programa de ordenador que licencia el mismo bajo GPL, pone a disposición de terceros (transmite) su derecho exclusivo de traducir, adaptar, arreglar o cualquier otra transformación del programa de ordenador con la facultad, además, de distribuir ese nuevo

trabajo, siempre y cuando se haga con las condiciones que especifica la licencia: anunciando los cambios que ha realizado, licenciando los cambios bajo GPL y anunciando el copyright al ser ejecutado el programa.

2. You may modify your copy or copies of the Program or any portion of it, thus forming a work based on the Program, and copy and distribute such modifications or work under the terms of Section 1 above, provided that you also meet all of these conditions:

a) You must cause the modified files to carry prominent notices stating that you changed the files and the date of any change.

b) You must cause any work that you distribute or publish, that in whole or in part contains or is derived from the Program or any part thereof, to be licensed as a whole at no charge to all third parties under the terms of this License.

c) If the modified program normally reads commands interactively when run, you must cause it, when started running for such interactive use in the most ordinary way, to print or display an announcement including an appropriate copyright notice and a notice that there is no warranty (or else, saying that you provide a warranty) and that users may redistribute the program under these conditions, and telling the user how to view a copy of this License. (Exception: if the Program itself is interactive but does not normally print such an announcement, your work based on the Program is not required to print an announcement.)

2. Transmisión de los derechos de explotación sobre los programas de ordenador

También señala la licencia el modo en que se puede reproducir y copiar el programa, bien sea como código objeto o en formato ejecutable,

siempre que se acompañe con el código fuente del programa.

3. You may copy and distribute the Program (or a work based on it, under Section 2) in object code or executable form under the terms of Sections 1 and 2 above provided that you also do one of the following:

a) Accompany it with the complete corresponding machine-readable source code, which must be distributed under the terms of Sections 1 and 2 above on a medium customarily used for software interchange; or,

b) Accompany it with a written offer, valid for at least three years, to give any third party, for a charge no more than your cost of physically performing source distribution, a complete machine-readable copy of the corresponding source code, to be distributed under the terms of Sections 1 and 2 above on a medium customarily used for software interchange; or,

c) Accompany it with the information you received as to the offer to distribute corresponding source code. (This alternative is allowed only for noncommercial distribution and only if you received the program in object code or executable form with such an offer, in accord with Subsection b above.)

Y limita el modo en que puede disponerse de dichos derechos de explotación.

La validez jurídica de la licencia GPL en España

4. You may not copy, modify, sublicense, or distribute the Program except as expressly provided under this License. Any attempt otherwise to copy, modify, sublicense or distribute the Program is void, and will automatically terminate your rights under this License. However, parties who have received copies, or rights, from you under this License will not have their licenses terminated so long as such parties remain in full compliance.

Añadiendo que, cada vez que se redistribuya el programa o el trabajo basado en él, el licenciataria recibe una licencia del titular

original para copiar, distribuir o modificar el programa en los términos y condiciones de la licencia GPL.

6. Each time you redistribute the Program (or any work based on the Program), the recipient automatically receives a license from the original licensor to copy, distribute or modify the Program subject to these terms and conditions. You may not impose any further restrictions on the recipients' exercise of the rights granted herein. You are not responsible for enforcing compliance by third parties to this License.

Vamos a analizar algunas de las cuestiones que se derivan de este articulado de licencia GPL al ponerlas en relación con la legislación española sobre derechos de autor y, en concreto, con la transmisión de derechos de

transformación y distribución del autor del programa.

El llamado "efecto viral"

2. Transmisión de los derechos de explotación sobre los programas de ordenador

La cláusula 6 mencionada de la licencia GPL introduce lo que algunos llaman en el mundo del software el “efecto viral” de la licencia GPL.

Para sus detractores es un perjuicio para el autor porque obliga a que el programa que éste desarrolla se distribuya siempre con código abierto frente a otro tipo de licencias, como la BSD.¹⁰, que no impiden al autor que, en cualquier momento, pueda convertir su software en propietario.

Para sus defensores, esta cláusula garantiza que el programa será siempre de código abierto sin que nadie pueda apropiarse del programa derivado que desarrolle, en perjuicio de la comunidad de programadores.¹¹.

Nosotros, dejando de lado esta polémica, vamos a tratar de determinar si, jurídicamente,

puede obligarse al cesionario cuando procede a redistribuir el programa informático, a transmitir los derechos del programa que ha modificado en los términos de la licencia GPL.

Si partimos de un análisis lógico, tiene sentido que el cedente pueda obligar al cesionario a regirse por los términos de la GPL porque el propio cesionario no hubiera podido, desde un principio, modificar o transformar el programa si no fuera, precisamente, gracias a que el titular de los derechos sobre el programa le ha dado esas facultades a través de la licencia GPL.

Para introducirlo en un contexto legal, además de la normativa española, hemos acudido a una interpretación analógica de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.¹².

¹⁰ Wikipedia: BSD son las iniciales de Berkeley Software Distribution (en español, Versión de Software Berkeley) y se utilizan para identificar un sistema operativo derivado del sistema Unix nacido a partir de las aportaciones realizadas a ese sistema por la Universidad de California en Berkeley.

¹¹ Es una batalla constante de la que pueden encontrarse numerosos *Fud* y *anti Fud* al respecto en la red.

¹² A modo de ejemplo Sentencia del Tribunal Supremo de 1993. Recurso de casación núm. 2369/1993:

“Cuando, como en este caso, se transmiten ciertos derechos que, como consecuencia de un negocio anterior celebrado por el mismo transmitente con otros sujetos de derecho, se encuentran ya limitados, la segunda transmisión opera con las limitaciones derivadas del primer contrato por aplicación del principio «nemo plus iuris ad alium transferre

La validez jurídica de la licencia GPL en España

Concluyendo que, el llamado "efecto viral" de la licencia GPL, no es otra cosa que una transmisión sucesiva de derechos a favor de terceros licenciatarios.

Con la transmisión de esos derechos, los licenciatarios quedan facultados, por un lado, a ceder el programa modificado a terceras personas y, por otro, obligados a hacerlo con las condiciones de la licencia. Esto es lo que en derecho se conoce como obligación condicional.¹³

potest quam ipse habet», de tal manera que el contratante posterior sólo podrá adquirir lo que se le pudo transmitir, proyectándose de este modo los efectos del contrato celebrado con anterioridad. El primer contrato de transmisión de determinados derechos repercute en el segundo, pero no en el sentido de crear obligaciones para las partes que intervienen en este último, sino sólo respecto al contenido de los derechos recibidos y al momento en que el adquirente podrá ejercitar los derechos, efecto este que, conforme a la doctrina jurisprudencial citada, no contraviene lo dispuesto en el art. 1257, y menos en el supuesto litigioso, cuando la limitación de los derechos transmitidos era conocida por la entidad adquirente en virtud de contrato posterior." (el subrayado es nuestro).

¹³ Artículo 1.114 del C.C "En las obligaciones condicionales la adquisición de los derechos, así como la resolución o pérdida de los ya

Disposición de los derechos de explotación del titular a favor del cesionario

Veamos ahora si, jurídicamente, cabe la posibilidad de que el titular de los derechos de explotación sobre el programa, pueda disponer de estos a favor del cesionario de la manera tan amplia que concede la GPL.

El primer problema que podemos encontrarnos es que la Ley de Propiedad Intelectual, al hablar de la cesión no exclusiva, señala que el derecho del cesionario no exclusivo es intransmisible. Es decir, en teoría, cuando un cesionario recibe un programa y esa cesión no es en exclusiva para él, dicho cesionario no puede volver a conceder una licencia sobre ese programa.

Con una excepción que no va a ser la que nos salve la licencia GPL en este caso, pues consiste en que se produzca una disolución o un cambio de titularidad de la empresa cesionaria.

adquiridos, dependerán del acontecimiento que constituya la obligación.

2. Transmisión de los derechos de explotación sobre los programas de ordenador

La licencia GPL se basa precisamente en la transmisión sucesiva y no exclusiva del cesionario, respecto del programa que se trate, a sucesivos cesionarios/licenciarios. Es decir, cesionarios no exclusivos cuyo derecho, según la Ley, es intransmisible.

Ahora bien, no debemos perder de vista cuál es la voluntad del autor y cedente del programa al licenciar el mismo como GPL.

Y esa voluntad es que el cesionario pueda realizar, precisamente, sucesivas cesiones del derecho de explotación que le transmite el creador del programa.

Es decir, si el autor está dando su consentimiento para que su derecho sea transmisible, aún cuando la cesión no sea en exclusiva, no vemos el problema para que el titular de los derechos pueda hacer esa disposición de los mismos a favor de terceros. Salvo los derechos morales que son irrenunciables e inalienables, no existe ningún impedimento para que el autor pueda disponer a su antojo de los derechos de explotación sobre su programa.

El Código Civil dispone que los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y

condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.¹⁴ Incide además la misma Ley, en que la exclusión voluntaria de la ley aplicable - en este caso, la Ley de Propiedad Intelectual y la renuncia a los derechos reconocidos en dicha Ley - es válida cuando no sea contraria al orden público ni perjudique a terceros.

Una vez analizada la cesión no exclusiva de la licencia y, siguiendo con el análisis planteado en este apartado sobre la disposición por el titular de sus derechos de explotación a favor de terceros, queremos incidir en otra cuestión a tener en consideración:

La Ley de Propiedad Intelectual limita¹⁵ la transmisión de los derechos de explotación al derecho o derechos cedidos. Y considera nula la cesión de derechos de explotación respecto del conjunto de obras que pueda crear el autor en el futuro.

¹⁴ *Vid.* artículo 1255 del Código Civil.

¹⁵ *Vid.* artículo 43.1 de la LPI.

La validez jurídica de la licencia GPL en España

Tratemos de verlo con un ejemplo: Imaginemos que el autor de un programa realiza una nueva versión del programa originario que él mismo ya creó en su día. Si del tenor de la licencia GPL entendemos que el autor deba licenciar las versiones derivadas bajo GPL:

¿Podría interpretarse que la licencia GPL está predisponiendo la cesión de derechos de explotación sobre programas que el autor pueda crear en el futuro? Es decir, ¿se están cediendo derechos de explotación sobre un programa que todavía no ha sido creado?

Si se hiciera dicha interpretación de la licencia, al encajarla con la LPI tendríamos un problema, porque ésta Ley entiende nula la cesión de derechos de explotación sobre obras que pueda crear el autor en el futuro.

Obviamente estamos haciendo una interpretación casi diabólica del tenor de la licencia pero esa es precisamente la intención de este estudio, localizar los problemas antes de que puedan surgir.

Para que pueda darse el ejemplo que planteamos, tendrían que concurrir una serie de

circunstancias muy específicas. Puede que, incluso, difíciles en el mundo del software libre.

En primer lugar, porque el titular del programa tiene que haber creado y desarrollado su programa sin aprovechar líneas de código pertenecientes a otros programas que ya estén bajo licencia GPL.

No es muy habitual en el mundo del software libre, donde se suelen aprovechar líneas de código ya escritas para otros programas licenciados GPL, precisamente en esa filosofía de aprovechar el conocimiento de todos para todos.

Y en este caso ya hemos visto.¹⁶ que, si se reutilizan programas licenciados bajo GPL, las obligaciones que se derivan para quienes reutilicen ese código y respecto de los programas derivados que estos puedan crear a partir del original, deben licenciarse también bajo GPL como consecuencia de la condición resolutoria que esta licencia impone.

¹⁶ *Vid. supra* pág. 11.

2. Transmisión de los derechos de explotación sobre los programas de ordenador

Por otro lado, no cabe duda entonces de que, el programa originario creado por el informático de nuestro ejemplo, una vez liberado por su autor, seguirá su evolución y creación de sucesivas versiones bajo los términos de la licencia GPL para los cesionarios del programa.

Y, si nuestro programador decide ahora desarrollar un programa derivado o una versión del originario, y todo el código picado es suyo, podrá convertirlo en propietario.

Si alguien pretendiese hacer valer la licencia GPL frente a dicha persona para evitar que convierta su programa en propietario, no sólo estaría haciendo una interpretación, en nuestra opinión, errónea de la licencia GPL, sino que

además la propia LPI estima nula ese tipo de cesiones sobre los derechos de explotación.

En esta misma línea, la Ley de Propiedad Intelectual también considera nulas las estipulaciones por las que el autor se comprometa a no crear alguna obra en el futuro.

Una vez más, si interpretáramos que con la licencia GPL, el autor del programa se compromete, si bien no a dejar de crear el programa en el futuro, sí a hacerlo bajo los términos de esa licencia, estaríamos de nuevo ante una disposición de derechos de explotación del autor sobre un programa futuro. Y la cesión de esos derechos de explotación se consideraría nula.

Y, ¿qué pasa con los derechos morales?

Los derechos morales son irrenunciables. Al no ser reconocidos en el derecho anglosajón, estos derechos no han sido tenidos en cuenta por la licencia GPL en su redacción.

Sin embargo, el derecho continental (y el español, por tanto) reconocen estos derechos que corresponden al autor y que son indisponibles e irrenunciables.

Entre ellos, el derecho del autor de una obra a retirar la misma del comercio, por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, previa indemnización de daños o perjuicios a los titulares de los derechos de explotación.

Podríamos encontrarnos con que el titular del programa licenciado GPL decide retirarlo por un cambio de convicciones.

O el derecho que tiene el autor a decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma y el derecho a exigir el respeto a la integridad de la obra. Es decir, el derecho que tiene el autor a impedir que su obra sufra una modificación o deformación, sin su consentimiento, bien por la actuación de un tercero, bien después de haberla vendido, o de haber autorizado su explotación.

El autor tiene este derecho cuando la modificación de su obra –programa, en este caso- suponga un perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación, incluso después de la cesión.

En definitiva los derechos morales son irrenunciables y, llegado el caso, la alegación de uno de estos supuestos podría poner en entredicho la validez de la licencia GPL. Por eso no podemos dejar de mencionar esta circunstancia en éste estudio. No obstante, en principio, resulta inverosímil que alguien que ha decidido aplicar una licencia GPL a un programa informático, pretenda luego exigir el respeto a la integridad de su obra impidiendo cualquier modificación pues, lo que hace con una licencia GPL, no es ejercer su derecho a “impedir” cualquier modificación del programa sino, todo lo contrario, habilitarla.

2. Transmisión de los derechos de explotación sobre los programas de ordenador

Una de las interpretaciones realizadas en Francia (“La licence publique générale GNU” Mélanie Climent-Fontaine <http://crao.net/gpl/>) de la licencia GPL es que la misma “impone al licenciatarario el respeto del derecho moral del autor”, llegando a esa conclusión, porque el preámbulo de la licencia GPL prevé que si el software es modificado por alguien distinto al autor y después de haber sido transmitido a terceros, es necesario que los destinatarios sepan que lo que ellos poseen no es el original, de manera que, los problemas que hayan podido producir otros no se traduzcan en una repercusión negativa sobre la reputación del autor¹⁷.

¹⁷ Traducción extraída de <http://www.dpr.uji.es/asignatura/>

Fuerza vinculante de la licencia

Es fundamental analizar la fuerza vinculante de la licencia para el cesionario, es decir, si está obligado a cumplirla o si, llegado el caso, puede sustraerse a los efectos de la misma.

La licencia GPL determina que desde el momento en que el usuario modifica o distribuye el programa está indicando que acepta la licencia y todas las condiciones para copiar, distribuir o modificar el programa o trabajos basados en el programa.

Además establece que cualquier intento de copiar, modificar, sublicenciar o distribuir el programa fuera de los términos de la licencia GPL rescinde automáticamente los derechos derivados de esta licencia.¹⁸ .

Uno de los fundamentos de la licencia GPL para justificar esta aceptación es que las acciones que se facultan con la licencia no están permitidas fuera de los términos de la misma.

Algo que no es del todo cierto, pues el cesionario del programa tiene ciertas facultades concedidas por la Ley de Propiedad Intelectual en su artículo 100. No obstante, no queremos prolongar este estudio más de lo debido ni entrar en el análisis jurídico del polémico artículo, entre otras cosas, porque es obvio que las facultades que la licencia GPL otorga para el cesionario son mucho más amplias que las que pueda establecer la propia Ley de Propiedad Intelectual.

Lo que queremos estudiar aquí es, si el hecho de que la licencia GPL afirme que ciertos actos de modificación del programa suponen la aceptación tácita de la licencia, es o no una presunción arriesgada al ponerlo en relación con la legislación española.

Una licencia no deja de ser una declaración unilateral del autor del programa en la que manifiesta las condiciones en las que éste se puede usar, acceder a él o explotarlo.

Conviene aquí aclarar, además, que la licencia GPL no puede ser modificada.¹⁹ . para

¹⁸ *Vid.* cláusula 4 de la licencia GPL v2.

¹⁹ *Vid. infra.* Capítulo 5

2. Transmisión de los derechos de explotación sobre los programas de ordenador

adaptarla a casos concretos pues, su propio texto, está sometido a copyright. Es decir que, un programa licenciado GPL, debe contener absolutamente todos los términos de la licencia, incluido el preámbulo.

Partiendo, como decíamos, de que la licencia es una declaración unilateral de voluntad, no es válida hasta que no es aceptada por la otra parte contratante, convirtiéndose entonces en un contrato de cesión de derechos de uso.²⁰ y explotación de programas de ordenador.

La Ley de Propiedad Intelectual establece.²¹ que toda cesión deberá formalizarse por escrito, imputando la responsabilidad de la falta de contrato al cesionario, pudiendo el autor optar por la resolución del contrato.

²⁰ Incluimos la acepción “cesión de derecho de uso del programa” que utiliza la propia LPI, aunque la introducción de este concepto como tal en la Ley alcanza para un estudio autónomo.

²¹ *Vid.* artículo 45 de la LPI: Toda cesión deberá formalizarse por escrito. Si, previo requerimiento fehaciente, el cesionario incumpliere esta exigencia, el autor podrá optar por la resolución del contrato.

Lo que pretende la Ley es proteger al autor, parte más débil, frente a las empresas que explotan y distribuyen el software que éste ha creado. Así, le atribuye la opción de resolver el contrato de cesión pues, tal y como está articulado en la Ley, “podrá optar”, se entiende con carácter opcional.

En cualquier caso, la cuestión es si podemos entender que se produce la aceptación de la licencia GPL como consecuencia de que el licenciatario lleve a cabo actos que se suponen derivados de ésta, tal y como manifiesta la cláusula 5 de la misma. Sobre todo con los actos de distribución, que son los que se pueden apreciar por el licenciante y por los terceros. Pues si el cesionario modifica o copia el programa en su ámbito privado no va a tener mayor trascendencia porque no se va a saber.

En definitiva, entonces, si puede entenderse que el acto de distribución – con modificación previa o no del programa - implica una declaración de voluntad del licenciatario para someterse a la licencia GPL.

La validez jurídica de la licencia GPL en España

La doctrina.²² recoge la existencia de declaraciones de voluntad expresas y presuntas. La expresa es la que se realiza por medios que están destinados a exteriorizar la voluntad: la palabra, el escrito, etc.

Las declaraciones presuntas se producen en los casos en que el Derecho considera que cierto comportamiento que, por su naturaleza no es un medio de declaración, sin embargo manifiesta claramente determinada voluntad. Esta declaración de voluntad se tiene por emitida (se perfecciona) cuando finaliza la conducta que la exterioriza.

En el caso que estamos analizando con la licencia GPL, cuando se redistribuye el programa licenciado.

En el ámbito jurisprudencial la doctrina del Tribunal Supremo también se muestra a favor de la exteriorización tácita de la declaración de voluntad.

Contrato de adhesión

²² ALBALADEJO, Manuel. "Derecho Civil. Introducción y parte general". *Ed. Bosch*.

Además de la Ley de Propiedad Intelectual debemos considerar en este estudio, aunque sea brevemente, otra serie de normas para analizar la validez de la licencia GPL en nuestro ordenamiento jurídico.

La licencia GPL no deja de ser un contrato de adhesión, por lo que es necesario tener en cuenta la regulación legal para las condiciones generales de contratación y ponerla en relación, si fuera preciso, con la normativa de consumidores y usuarios.

La licencia GPL, ateniéndonos a la definición legal, es una condición general de contratación.²³ Como tal, pasará a formar parte del contrato cuando se acepte por el

²³ Artículo 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de Contratación: "Son condiciones generales de contratación las cláusulas predispuestas por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos".

2. Transmisión de los derechos de explotación sobre los programas de ordenador

adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes.

Esta Ley se aplica a los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional y cualquier persona física o jurídica (adherente).

La aplicación de esta normativa puede afectar a la GPL pues la Ley declara la nulidad de pleno derecho de las condiciones generales que contradigan, en perjuicio del adherente, lo dispuesto en cualquier norma imperativa o prohibitiva.

Y, en particular, son nulas las condiciones abusivas cuando el contrato se ha celebrado con un consumidor. Entendiéndose por abusivas aquellas cláusulas que causen un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, además de otra serie de supuestos.²⁴ que establece la Ley.

²⁴ *Vid.* Disposición Adicional Primera de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios.

En definitiva, no podemos descartar la aplicación de este elenco normativo a la licencia GPL ni su posible alegación, llegado el caso, ante un Tribunal.

El espíritu de la licencia GPL es favorecer eminentemente la libertad del usuario/cesionario. Del adherente, en el caso de este tipo de contratos. Partiendo de esa gran libertad que se le facilita al adherente respecto del programa licenciado, parece complicado interpretar la licencia como una condición abusiva para este.

Además y, por otro lado, en el caso del derecho de redistribución, lo habitual no es que estén implicados consumidores y usuarios, sino personas jurídicas o profesionales.

En cualquier caso, queremos dejar claro que esta normativa también debe tenerse en cuenta a la hora de interpretar la licencia. Cuestión distintita es qué pueda entenderse como cláusula abusiva del tenor de la licencia GPL, vista la filosofía de la misma.

Las voces críticas a la licencia afirman que el propio "efecto viral" de la licencia puede ser una cláusula abusiva. Pero ya hemos analizado

La validez jurídica de la licencia GPL en España

en este estudio esa concesión a favor del cesionario. Nos remitimos a dicho apartado.

O, puestos a sacar punta, podría interpretarse que el hecho de que la versión original de la licencia sea en inglés, cause una situación de desequilibrio para el adherente, por ejemplo.

En ese sentido podemos ir a la interpretación realizada por el Tribunal de Munich a favor de la licencia GPL, que entiende que las condiciones generales establecidas en la misma son válidas conforme a la legislación alemana a pesar, incluso, de que estén en inglés, pues el inglés es el lenguaje técnico de la industria informática.²⁵ .

²⁵ Even if the German translation may not be official, as the official conditions are in the English language, there are no problems at all with the text being in English, since English is the common technical language in the computer industry. This applies at least when it concerns the contractual relationship between the authors of the software and a commercial software company.

Para no darle más densidad a este estudio, reservamos un análisis más profundo sobre las cuestiones apuntadas en este apartado para versiones posteriores del mismo.

2.2. Copias literales de los programas

En el apartado anterior hemos incidido en los aspectos legales derivados de la posibilidad de transformación y posterior distribución de los programas informáticos bajo licencia GPL.

Pero ésta licencia también permite al licenciatario copiar y distribuir copias literales del programa según se ha recibido el mismo:

2. Transmisión de los derechos de explotación sobre los programas de ordenador

"1. You may copy and distribute verbatim copies of the Program's source code as you receive it, in any medium, provided that you conspicuously and appropriately publish on each copy an appropriate copyright notice and disclaimer of warranty; keep intact all the notices that refer to this License and to the absence of any warranty; and give any other recipients of the Program a copy of this License along with the Program.

You may charge a fee for the physical act of transferring a copy, and you may at your option offer warranty protection in exchange for a fee."

Ya hemos dicho que la reproducción y distribución son derechos exclusivos de explotación que la Ley reconoce al titular del programa.²⁶ pero que nada impide al autor del programa transmitir sus derechos a terceros para su explotación de conformidad con el artículo 43 de la Ley de Propiedad Intelectual. Por lo tanto, las conclusiones plasmadas en el apartado anterior sirven también para este supuesto.

El problema concreto que hemos detectado en este caso, es el modo abierto - *"in any medium"* - en que la licencia GPL dispone que esa transmisión de las copias del programa puede hacerse a terceros.

La Ley de Propiedad Intelectual limita²⁷ la transmisión de derechos de explotación a modalidades de uso y medios de difusión existentes al tiempo de la cesión. Lo cual

²⁶ Considerando titular al autor del programa, persona o grupo de personas naturales que lo hayan creado o la persona jurídica que se contempla como titular de los derechos de autor en los casos de las obras colectivas.

²⁷ Artículo 43.5 LPI: "La transmisión de derechos de explotación no alcanza a las modalidades de utilización o medios de difusión inexistentes o desconocidos al tiempo de la cesión".

La validez jurídica de la licencia GPL en España

restringe ese - *"in any medium"* - de la licencia sólo a medios de difusión que ya existan al tiempo de la cesión.

Además la LPI establece que cuando se cede el "derecho de uso" de un programa, se entiende que se hace con carácter no exclusivo e intransferible, presumiéndose que la cesión se realiza para satisfacer únicamente las necesidades del usuario.²⁸ .

No es este un problema frente a la licencia GPL porque la LPI hace una salvedad a este carácter intransferible: que exista prueba en contrario. Que, en este caso, es propia la licencia GPL que habilita la concesión de sucesivas licencias por el cesionario.

Hay que aclarar además que el derecho de distribución se agota con la primera venta de una copia del programa, es decir, que una vez que una copia del programa se ha vendido, el autor del programa ya no puede reclamar porcentaje alguno por la venta posterior que se pueda hacer de la misma, salvo el derecho a

controlar el subsiguiente alquiler del programa o de una copia del mismo.

Este agotamiento tiene su justificación en la necesidad de preservar la libre circulación de mercancías y la libertad del comercio de productos intelectuales.

Por lo tanto, cuando la licencia GPL establece: *"You may charge a fee for the physical act of transferring a copy, and you may at your option offer warranty protection in exchange for a fee"*, debe entenderse que se refiere a la primera venta de esa copia.

2.3. Comunicación pública

La comunicación pública es un derecho de explotación que recoge la LPI pero es discutible que pueda incluirse entre las facultades que concede la licencia GPL para los derechos de explotación.

La licencia GPL habla, exclusivamente, de copia, distribución y modificación del programa, excluyendo expresamente cualquier otro tipo de

²⁸ *Vid.* artículo 99 c) último párrafo de la LPI.

2. Transmisión de los derechos de explotación sobre los programas de ordenador

actividad que, por tanto, no queda cubierta por la licencia.

“Activities other than copying, distribution and modification are not covered by this License; they are outside its scope. The act of running the Program is not restricted, and the output from the Program is covered only if its contents constitute a work based on the Program (independent of having been made by running the Program). Whether that is true depends on what the Program does”

El derecho de comunicación pública.²⁹... recogido en la legislación española consiste en facilitar el acceso a la obra a una pluralidad de personas, fuera del ámbito doméstico, sin previa distribución de ejemplares a dichas personas.

Es verdad que, el Título VII de la LPI que regula los programas de ordenador, no incluye de manera específica el derecho de comunicación pública, sin embargo, al recogerse en las disposiciones generales de la

Ley, entendemos que es también aplicable a los programas de ordenador.

Posiblemente en el momento de redacción de la Ley no se le encontró cabida a la aplicación – si es que la tiene- de este derecho en el marco de los programas de ordenador.

Sin embargo, hoy en día, alguna parte de la doctrina entiende que, el acceso a programas de ordenador a través de redes de telecomunicaciones para descargarlos desde un servidor, es comunicación pública.

Esta es una cuestión polémica y más que discutible, en nuestra opinión.

El tenor literal de la LPI, modificada por la reciente Ley 23/2006, de 7 de julio, define la distribución como “puesta a disposición del

²⁹ Artículo 20 de la LPI: se entenderá por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas puedan tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas.

La validez jurídica de la licencia GPL en España

público del original o de las copias de la obra, en un soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma”.

Mientras que, la comunicación pública según la LPI es “todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas”.

En la versión 1 de este estudio comentábamos que parte de la doctrina interpreta en la LPI que acceder a los programas para su descarga desde un servidor es una comunicación pública aunque, nuestra opinión, es que el acceso a los programas para su descarga desde un servidor público es un acto más de distribución pues, la descarga del programa, no deja de ser una distribución de ejemplares intangibles en forma de bits.³⁰ .

Dejando de lado la polémica, parece que con los cambios introducidos por la Ley 23/2006 a

la LPI, el legislador quiere zanjar esta cuestión al añadir un nuevo apartado en el que comunicación pública es también “La puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija”

Si a eso le añadimos que la reforma de la Ley ha incluido que los actos de distribución deben hacerse en “soporte tangible” parece que, con la necesidad de que la distribución implique esa tangibilidad del soporte, debemos incluir la descarga de programas desde un servidor como una acto de comunicación pública. No vamos a insistir más con nuestros reparos a este respecto.

Pero bien, centrándonos en la licencia GPL, cabrían dos opciones; que entendamos subsumido el derecho de comunicación pública dentro del llamado derecho de distribución que la licencia reconoce.

O que entendamos que la licencia GPL excluye la comunicación pública, al no mencionarla expresamente junto con los otros

³⁰ No vamos a entrar en polémicas para no salirnos del objeto de este estudio. Pero seguimos sin ver la necesidad de que el soporte sea tangible para que estemos, como tal, ante un acto de distribución.

2. Transmisión de los derechos de explotación sobre los programas de ordenador

derechos de explotación (reproducción, modificación y distribución).

Si nos ponemos en este segundo supuesto, es decir, si entendemos excluida la comunicación pública de la licencia GPL, podríamos encontrarnos con problemas.

Por ejemplo, supongamos que un Tribunal interpreta que la licencia GPL no engloba la comunicación pública. Interpreta, además, que descargarse el programa de la red es comunicación pública y no distribución. Vista la reforma de la LPI y usando como interpretación analógica dicha Ley, se alegará de contrario la necesidad de interpretar la descarga del programa como comunicación pública.

Resultará entonces que, el cesionario del programa, lo es por un acto de comunicación pública. Y va a modificar y distribuir dicho programa basándose en la licencia GPL que, sin embargo, excluye la comunicación pública.

Obviamente, le estamos buscando muchas vueltas a la Ley para someter a análisis las posibles controversias que la GPL puede plantear ante el ordenamiento jurídico español.

La *Copyright Act* estadounidense, no habla del derecho de comunicación pública referido a los programas de ordenador y limita, lo que podríamos entender como comunicación pública, a los efectos de la Ley española, a las obras literarias, musicales, dramáticas y trabajos coreográficos.

Por lo tanto, nosotros entendemos que la comunicación pública, en esta versión 2 de la licencia GPL, estaría subsumida dentro del derecho de distribución que recoge la licencia.

Pero ya estamos viendo que la cuestión puede suscitar serias controversias.

Por eso, si se diese este caso que planteamos, el mejor modo que tiene el cesionario del programa de garantizarse que puede modificar y distribuir el programa, pese a que un Tribunal considerase que el software le ha sido cedido mediante un acto de comunicación pública no recogido en la licencia GPL, es firmar un acuerdo, al margen de la propia licencia, que garantice sus derechos de modificación y distribución como si de la licencia GPL se tratara.

Parece que la versión 3 de la licencia GPL quiere dejar resueltas estas cuestiones y va a

La validez jurídica de la licencia GPL en España

tener en cuenta las diferentes formas de transmisión de derechos de explotación en los distintos países.

En la "GPL v3 First Discusión Draft Rationale" ya se hizo alusión a esta cuestión:

The scope of "distribution" in the copyright context can differ from country to country. We do not wish to force on the GPL the specific meaning of "distribution" that exists under United States copyright law or any other country's copyright law.

2. Transmisión de los derechos de explotación sobre los programas de ordenador

La versión 3 de la licencia GPL incluye en sus definiciones el concepto "*propagate a work*" y lo define así: "*means doing anything with it that requires permission under applicable copyright law, except executing it on a computer, or making modifications that is you do not share. Propagation includes copying, distribution (with or without modification), making available to the public, and in some countries other activities as well*".

Esta es la definición que sigue en pie tras el segundo "*Discussion Draft*" de Julio de 2006, por lo que entendemos que la definitiva versión 3 de la licencia GPL incluirá este concepto cuando finalmente se publique.

Pueden consultarse.³¹ los actuales cambios entre la actual versión 2 de la licencia GPL y el segundo *Draft* para mayor información.

31

<http://spain.fsfeurope.org/projects/gplv3/diff-gplv2-draft2.es.html>

3. Ámbito de aplicación

Decíamos al comienzo del apartado segundo que, según la LPI, la cesión de los derechos de explotación quedan limitados al tiempo y ámbito territorial que se determinen. Veamos que implicaciones pueden tener estas limitaciones para la licencia GPL.

Empezando por el ámbito territorial, los contratos debe definir el ámbito territorial en el

cual conceden al licenciatarario la explotación del programa. La licencia GPL no hace una mención expresa al ámbito geográfico al que debe ceñirse. Sólo señala la necesidad de establecer, en la propia licencia, en qué países no puede distribuirse el programa bajo la misma, por estar restringida por patentes o copyright.

“If the distribution and/or use of the Program is restricted in certain countries either by patents or by copyrighted interfaces, the original copyright holder who places the Program under this License may add an explicit geographical distribution limitation excluding those countries, so that distribution is permitted only in or among countries not thus excluded. In such case, this License incorporates the limitation as if written in the body of this License.”

Es obvio que la licencia aspira a ser aplicada en un amplio espectro de países. Por eso,

deben considerarse los diferentes regímenes jurídicos en los que va a ser aplicada y tener en

La validez jurídica de la licencia GPL en España

cuenta cuestiones tales como, la determinación de la ley aplicable para su interpretación o la designación del Tribunal competente para conocer de los aspectos de la licencia en cada caso concreto.

En el caso español, si tomamos la Ley de Propiedad Intelectual, a falta de una mención del ámbito territorial en el que se aplica la licencia, la transmisión de los derechos de explotación que se conceden a través de la misma, quedan delimitados al país en el que se realiza la cesión. Si se quiere hacer extensiva la cesión de derechos más allá de los límites de dicho país, lo mejor es manifestarlo expresamente. Y, si bien es verdad, que puede interpretarse de la mencionada cláusula 8 de la licencia, una voluntad universal de aplicación en cuanto al ámbito territorial se refiere, lo mejor es manifestar expresamente el ámbito territorial al que quiere ceñirse la cesión de los derechos de explotación. De esa manera, nos salvamos de una interpretación restrictiva que nos limite la cesión de dichos derechos al ámbito territorial del país en que se han realizado.

Más problemática puede ser la falta de mención del ámbito temporal de la licencia GPL. Al no hacer referencia alguna al tiempo de aplicación, podríamos pensar, *a priori*, que tiene una duración indeterminada.

Sin embargo, la legislación española señala que, cuando se transmitan los derechos de explotación del programa, a falta de mención del tiempo, la transmisión se entiende limitada a cinco (5) años.³² .

Según esto, puesto que la licencia GPL no señala el plazo por el que se transmiten los derechos de explotación sobre el programa, se entiende que la cesión es por cinco años. Transcurrido dicho plazo el cedente podría oponernos la conclusión del plazo por el que se ha concedido la transmisión de los derechos de explotación.

Es una cuestión que deben tener presente, entre otras, aquellas empresas que se dediquen a desarrollar software y a comercializarlo bajo licencia GPL.

³² *Vid.* artículo 43.2 de la Ley de propiedad intelectual.

3. Ámbito de aplicación

Imaginemos que una de esas empresas es cesionaria de un programa licenciado GPL que a su vez distribuye. Y que, transcurridos cinco años, el cedente decide dar por terminada la licencia de explotación alegando que la GPL no menciona un plazo por el que se limite la transmisión de los derechos de explotación. El cesionario podría encontrarse con un problema, si lo que está distribuyendo es el programa originario que le cedió el licenciante.

Y al decir originario, nos referimos a que el cesionario no haya modificado el programa limitándose, exclusivamente, a la distribución de las copias originales del programa durante ese tiempo.

Es cierto que, puede ser difícil que se produzca una situación como esta en el mundo del software en el que, en cinco años, un programa ya se ha quedado obsoleto, produciéndose una novación de los derechos de explotación con las distintas versiones del programa cedidas. Pero es mejor no descartar esta cuestión. No sea que el cesionario se encuentre al cabo de cinco años con que el cedente le opone la finalización de su derecho

de explotación en aplicación de la Ley de Propiedad Intelectual.

Por eso, lo más oportuno en casos así, es establecer un plazo - aunque sea la mención expresa de que la transmisión de derechos es por tiempo ilimitado - para asegurar el disfrute pacífico de los derechos de explotación para el cesionario del programa.

Es una vuelta de tuerca más a todo lo que se viene diciendo en este estudio, pero, obviamente, no surgirá este problema si el cesionario ha creado un programa derivado respecto del original que recibió. En ese caso el licenciante no podrá reclamar unos derechos de explotación sobre un programa cuya autoría ya no le corresponde, pues permitió la creación de un programa derivado al licenciarlo GPL.

En principio, es una cuestión que va a abordar la licencia GPL en su versión 3. Al menos, en los comentarios de la "*GPLv3 Discussion Draft Rationale*" se hace alusión a la necesidad de que, en algunos países, se indique el tiempo de duración por el que los derechos están garantizados:

Under the copyright laws of some countries, it may be necessary for a copyright license to include an explicit provision setting forth the duration of the rights being granted. In other countries, including the United States, such a provision is unnecessary but permissible.

Tendremos ocasión de analizar estas y otras cuestiones.³³ cuando se publique la versión 3 definitiva de la licencia GPL. Con motivo de dicha publicación liberaremos una nueva versión de este estudio.

³³ En la Conferencia Internacional GPL v3 realizada en Tokio el 21 de noviembre, el señor Richard Stallman ha manifestado la necesidad de introducir nuevos cambios en el borrador de la licencia tras el acuerdo suscrito entre Microsoft y Novell.

4. Los programas derivados y los programas colectivos y en colaboración

Las obras derivadas están protegidas por el derecho de autor en la legislación española, sin perjuicio de los derechos que existan sobre la obra original.

Centrándonos en los programas de ordenador, un programa derivado es aquel que se ha obtenido, de un modo u otro, de software anterior, traduciéndolo, adaptándolo, revisándolo, actualizándolo o transformándolo de alguna manera.

La legislación española protege los derechos tanto del autor del programa originario como del autor del programa derivado.

Es decir, se parte de un programa preexistente, de cuya modificación resulta un programa diferente que se llama "programa derivado", cuyos derechos de propiedad

intelectual corresponde a la persona que ha transformado el programa preexistente, sin perjuicio de los derechos del creador del programa.

Sólo que, como hemos visto en el capítulo segundo, la licencia GPL somete al autor del programa derivado a los términos de dicha licencia. Insistimos en que el autor del programa derivado, no podría realizar dicho programa si no fuera gracias a la licencia concedida para el programa originario y, por tanto, debe someterse a ésta también para su trabajo derivado como parte de los términos de aceptación de la licencia.

Nos remitimos a la argumentación expuesta en los apartados anteriores, acerca de la

La validez jurídica de la licencia GPL en España

declaración tácita de voluntad y la obligación condicional de la licencia.

Por otro lado, un programa de ordenador colectivo es aquel que está constituido por aportaciones de diferentes programadores, resultando una creación única y autónoma, sin que quepa atribuir a cualquiera de ellos un derecho sobre el conjunto de la obra realizada. En este caso es considerado autor del programa, la persona natural o jurídica que edite o divulgue el mismo bajo su nombre, salvo que exista pacto en contrario.

Es el caso típico de las empresas desarrolladoras de software en las que se considera como autor del programa a la propia empresa. Entendiéndose además que, la autoría, se le presume a la persona natural o jurídica que la edite y divulgue bajo su nombre, salvo pacto en contrario.

La Ley.³⁴ establece que, cuando un trabajador asalariado crea un programa de ordenador, en el ejercicio de las funciones que le han sido confiadas o siguiendo instrucciones

de su empresario, la titularidad de los derechos de explotación correspondientes al programa de ordenador, tanto el programa fuente, como el programa objeto, corresponderán al empresario salvo que exista pacto en contrario.

Es decir, que si un empresario decide desarrollar programas y licenciarlos GPL, en principio no tendrá mayor problema puesto que es considerado el titular de la obra y puede licenciar la misma como mejor le parezca.

Ahora bien, hay que tener en cuenta otro supuesto, que es el de los programas en colaboración. En este caso, el programa se realiza con la participación de varios autores, siendo propiedad común de cada uno de ellos y correspondiendo a cada uno el programa en la proporción que se determine.

Así, todas las personas que participen en el programa deben estar de acuerdo en que el mismo se licencie GPL, puesto que van a compartir los derechos de la obra.

Si los coautores no consiguen ponerse de acuerdo sobre el modo en que deba divulgarse y modificarse el programa, será un Juez quien deba decidir en este sentido.

³⁴ *Vid.* artículo 97.4 LPI.

4. Los programas derivados y los programas colectivos y en colaboración

Eso sí, una vez que el programa se ha divulgado, ningún coautor puede rehusar injustificadamente su consentimiento para su explotación en la forma que se divulgó. Es decir, que si el programa se ha divulgado bajo licencia GPL con el consentimiento de todos los coautores, no cabe que un coautor retire su consentimiento para dicha licencia.

5. La integridad de la licencia

Ya mencionamos en el capítulo 2 que la licencia GPL está sometida a copyright perteneciente a la FSF y que debe aplicarse íntegramente sin modificar el tenor de la misma.

Curiosamente la licencia GPL superpone el propio contenido de la licencia a cualquier decisión de un Tribunal sobre el contenido de la misma o sobre una patente. Que, a efectos prácticos, se traduce en la imposibilidad de distribuir el software modificado afectado por la decisión judicial o por la patente.

Ahora bien, puede darse el caso de que un Tribunal estime por no puesta alguna cláusula de la licencia y entienda que el resto es válida.

En cualquier caso, puesto que la GPL está sometida a copyright, en este caso la parte de la licencia que continúe en vigor ya no podrá denominarse GPL.

Debería llevarse a cabo un acuerdo entre las partes, sometiendo sus derechos de explotación a los parámetros que consideren oportunos, garantizando los derechos de reproducción, distribución y modificación del programa, sin que la licencia pueda llamarse ya GPL.

Al margen de esto, puede darse la circunstancia de que existan varias versiones de la licencia GPL pudiendo el titular del programa optar por cada una de ellas.

9. The Free Software Foundation may publish revised and/or new versions of the General Public License from time to time. Such new versions will be similar in spirit

La validez jurídica de la licencia GPL en España

to the present version, but may differ in detail to address new problems or concerns.

Each version is given a distinguishing version number. If the Program specifies a version number of this License which applies to it and "any later version", you have the option of following the terms and conditions either of that version or of any later version published by the Free Software Foundation. If the Program does not specify a version number of this License, you may choose any version ever published by the Free Software Foundation.

En la actualidad, ya hemos mencionado a lo largo del estudio que, se está trabajando en la versión 3 de la licencia, cuyo borrador está siendo sometido a debate por la comunidad de usuarios y desarrolladores de software hasta

aprobar la versión 3 definitiva de esta licencia que, según afirmaciones de la FSF, debe mantener la filosofía del copyleft seguida hasta ahora.

6. La ausencia de garantía

La licencia GPL incide en sus dos últimas cláusulas en la ausencia de garantía sobre el programa, tanto en su funcionamiento, como por los daños que pueda causar el uso o la imposibilidad de uso del programa.

En la legislación española sí que se derivan consecuencias dimanantes tanto de la responsabilidad contractual como la responsabilidad extracontractual.

Si, por ejemplo, el autor y licenciante de una aplicación informática bajo licencia GPL, licencia dicha aplicación para una finalidad determinada, pero el programa no es adecuado para el uso al que se destina, el licenciante tendrá que responder por el programa defectuoso bien sea adecuándolo al uso para el que se comercializa el mismo o indemnizando por la imposibilidad de dicho uso para los fines a los que iba a ser destinado.

Obviamente si el licenciatario modifica el programa con posterioridad, cada cual responde por su programa. Es decir, el cesionario responderá, llegado el caso, como autor del programa modificado al redistribuirlo.

No pretendemos ser exhaustivos, pues no es el objeto de este estudio examinar todos los supuestos de responsabilidad en que puede incurrir el titular de un programa que distribuye el mismo con fallos pues, además, dependerá de la finalidad para la que esté distribuyendo el programa y de los usos que al mismo se atribuyan. Así como de otra serie de circunstancias como pueden ser las advertencias que se hagan sobre el mismo acerca de si es una versión alfa, beta, versión estable, etc.

Pero queremos advertir que el Código Civil establece que aquellas personas que, en cumplimiento de sus obligaciones, incurrieren en

La validez jurídica de la licencia GPL en España

dolo, negligencia o morosidad, o de cualquier modo contravinieren el tenor de dichas obligaciones (el tenor del contrato), están sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados. Habrá que ver, por

ejemplo, qué consecuencias se derivan para el autor en función de las obligaciones que haya contraído con el licenciante, sin perjuicio de lo que pueda decir la licencia GPL.

7. Conclusiones

La filosofía del copyleft plasmada en la licencia GPL que hemos analizado, pretende garantizar toda una serie de libertades relacionadas con los programas de ordenador: libertad de uso del programa; libertad de estudiar el funcionamiento del programa y adaptarlo a las propias necesidades; libertad para distribuir copias; libertad de mejorar el programa y de hacer públicas las comunicaciones. Todo, para que la comunidad se beneficie de ellas.

Además quiere asegurarse de que dicho software será siempre libre, sin que pueda convertirse en propietario como sucede con otras licencias de código abierto.

Hemos analizado a lo largo de este estudio las repercusiones jurídicas que puede tener la aplicabilidad de la licencia GPL en el marco jurídico continental y, en concreto, con la Ley

de Propiedad Intelectual española y otra normativa aplicable

Concluyendo que es posible someter los programas de ordenador a la licencia GPL con los matices que se han señalado a lo largo del estudio.

Por ejemplo, hemos visto que el derecho de modificación del programa que habilita la licencia podría plantearnos problemas relacionados con los derechos morales del autor, que tiene derecho a exigir la integridad de la obra, con el añadido de que los derechos morales del autor son irrenunciables.

Aunque es obvio que quien licencia un programa bajo GPL está lejos de pretender que dicho programa no sea modificado o de exigir la integridad del mismo.

Concluimos que la licencia GPL, no deja de ser un contrato, en el que concurren las

voluntades de las partes para someterse a los términos de la misma y, mediante el cual, se conceden a los cesionarios del programa una serie de derechos mucho más amplios que los que concede la Ley de Propiedad Intelectual.

Y, que esto es posible, porque los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, y al orden público. Además, puede excluirse, voluntariamente, la ley aplicable cuando la renuncia de los derechos que concede tal ley no es contraria al orden público ni perjudica a terceros. Y puesto que los derechos de explotación pueden disponerse por la voluntad de las partes, la licencia GPL es válida.

El software libre se ha convertido en un modelo de negocio a tener en cuenta y es importante considerar el marco legal que le resulta aplicable.

La propia Administración del Estado ha tomado conciencia de la importancia del software libre y de las garantías y ventajas que este puede ofrecerle.

Pero al margen del movimiento estatal pro-software libre a nuestros efectos, lo que nos importa es la legitimidad de la licencia si la misma es sometida a un Tribunal de Justicia en España.

Hasta la fecha, en Europa, tenemos la resolución preliminar dictada por un Juzgado de Munich de mayo de 2005, contra Sitecom por entender que ésta empresa estaba violando la licencia GPL. Finalmente la empresa tuvo que publicar el código fuente del *firmware* que estaba utilizando.

En principio, al margen de la existencia o no de criterio jurisprudencial al respecto, la voluntad contractual entre las partes debe ser tenida en cuenta.

Y si la voluntad del autor del programa es conceder tanta libertad sobre sus derechos de explotación para los cesionarios del programa, no debería encontrar dificultades para hacerlo, teniendo en consideración las salvedades que ya hemos señalado en este estudio.

Esta es nuestra opinión que, como siempre, sometemos a cualquier otra mejor fundada en Derecho.

Terminado en Madrid en diciembre de 2006.



Este estudio se edita bajo licencia Creative Commons. Además de los usos que permite la ley, queda expresamente autorizado a copiar, distribuir y comunicar públicamente su contenido siempre que se realice sin ánimo de lucro y se mantenga la atribución de la autoría a Sánchez-Crespo Abogados y Consultores®



~ Pasión por la excelencia ~