Les llicències de programari (I)

Malcolm Bain
Manuel Gallego
Manuel Martínez Ribas
Judit Rius

P08/M2014/00345

UOC
Universitat Oberta de Catalunya
www.uoc.edu

Índex

Introducció..... 5

Objectius..... 7

1. El concepte de llicència de programari..... 9
1.1. Programari i suport físic 11
1.2. Formes de la llicència 12
1.3. Programari estàndard, programari "a mida" i "parametritzable" 13
1.4. Contractació "en massa" i condicions generals 15

2. Funció jurídica i econòmica..... 17
2.1. Perquè s'empren les llicències d'ús? 17
2.2. Funció jurídica i econòmica en les llicències de programari de propietat/no-lliure 18
2.3. Funció jurídica i econòmica en les llicències de programari lliure 19

3. Naturalesa jurídica i marc normatiu..... 20
3.1. Naturalesa jurídica 20
3.2. Marc normatiu 23

4. Elements subjectius: les parts en les llicències de programari..... 26
4.1. El proveïdor-llicenciant del programari 26
4.1.1. L'autor o grup d'autors 26
4.1.2. Titular dels drets d'explotació o econòmics 28
4.1.3. Titular del dret a distribuir el programari 29
4.2. Garantia de titularitat 30
4.3. L'usuari-llicenciatari. Especial referència a l'usuari consumidor 32
4.3.1. L'usuari consumidor 33
4.3.2. L'usuari empresari o professional 35
4.4. Posició dels subjectes que intervenen en les llicències de programari lliure 36

5. Elements objectius en les llicències de programari..... 40
5.1. Termini 40
5.2. Preu 43

6. Acceptació de les llicències de programari. Llicències *shrink-wrap* i *click-wrap* 46

6.1. Llicències *shrink-wrap* i *click-wrap*; discussió sobre la seva validesa 46

6.2. Acceptació de les llicències de programari lliure: la GNU-GPL ... 49

7. Conclusions 52

Introducció

En els mòduls anteriors, hem conegut com les legislacions dels diversos països concedeixen a aquells que desenvolupen programari uns drets d'autor, en exclusiva, sobre el mateix. D'aquesta manera, el titular dels drets sobre el programari disposa de drets en exclusiva d'ordre moral i d'ordre econòmic: és l'únic que pot usar, modificar o distribuir el programari, **i és l'únic que pot autoritzar a tercers** l'ús, modificació o distribució del programari.

En aquest mòdul veurem com la "**llicència d'ús**" és l'instrument legal que solen emprar els desenvolupadors de programari per distribuir-lo a tercers, que passaran a ser els seus **usuaris-llicenciataris**. Veurem que es tracta d'un contracte, ja que consisteix en un acord de voluntats entre proveïdor de programari i usuari (si bé en països anglosaxons se sosté que la llicència es podria concedir també de manera unilateral). Aquesta llicència d'ús s'empra per a distribuir tant el programari no-lliure per distribuir tant el programari especialitzat com el programari en massa.

Per entendre la importància de la llicència d'ús en la distribució de programari, analitzarem la seva "**funció jurídica i econòmica**", és a dir, la raó de ser de la llicència d'ús: la concessió de drets i imposició d'obligacions. Abordarem així mateix el tema de la "**naturalesa jurídica**" per situar quin tipus de contracte és la llicència d'ús (i així poder interpretar correctament els seus termes), i per tant, quin marc normatiu li és d'aplicació.

En analitzar amb més detall les llicències de programari, mereix especial consideració estudiar els seus **elements subjectius** o personals: qui són les parts de la llicència de programari. D'una banda, tenim el **proveïdor-llicenciant**, que concedeix –com a mínim– un dret d'ús sobre el programari a l'usuari-llicenciatari. D'altra banda, tenim **l'usuari-llicenciatari**, que adquireix tal dret d'ús –i de vegades adquireix, a més, el dret de modificació i/o el de distribució–, abonant-hi o no un preu.

Juntament amb l'anàlisi de les parts de la llicència de programari, ens ocuparem de l'anomenada *garantia de titularitat* que ha de deixar el proveïdor-llicenciant: assegurar i responsabilitzar-se davant de l'usuari que aquest obté la llicència d'algú facultat legalment per concedir-la, sense infringir drets d'autor de tercers. També veurem la importància específica que en les llicències de programari lliure, té el respecte al reconeixement i la reputació de l'autor original del programari.

Prosseguirem amb l'examen de dos dels principals **elements objectius** de tota llicència de programari, com són el *termini* i el *preu*, remarcant especialment en el cas de les llicències de programari lliure.

A més, abordarem un punt important en les llicències d'ús de programari, quina és la seva formació i l'inici de la seva vigència, moment que s'identifica amb **l'acceptació** de les clàusules de la llicència per part de l'usuari. Ens centrarem en els problemes de validesa legal de les llicències *shrink-wrap* i *click-wrap*, i també en els problemes de validesa legal que comporten les clàusules sobre "acceptació" en la llicència GNU-GPL, llicència de programari lliure per antonomàsia.

Objectius

Amb aquesta unitat d'aprenentatge, l'estudiant assolirà els objectius següents:

1. Conèixer el concepte *llicència de programari*, el seu caràcter de contracte entre dues parts (proveïdor del programari-llicenciant i usuari-llicenciatari) i analitzar les diverses formes que pot adoptar.

2. Comprendre les raons per les quals la llicència de programari és l'instrument legal que s'empra habitualment per distribuir programes informàtics, siguin propietari o lliure: la seva funció econòmica i jurídica.

3. Analitzar la "naturalesa jurídica" de la llicència de programari: un contracte *sui generis*, sense una llei que el reguli per complet, i al qual se li poden aplicar –per analogia– normes que regulen certs contractes tradicionals. A més, s'analitzaran les principals normes jurídiques (lleis, reglaments, etc.) que són d'aplicació a la llicència de programari: el seu marc normatiu.

4. Conèixer els elements subjectius o personals d'una llicència de programari: el proveïdor-llicenciant i l'usuari-llicenciatari.

5. Veure en què consisteix la denominada *garantia de títol* o *titularitat*.

6. Analitzar dos elements objectius essencials de les llicències de programari: el termini i el preu.

7. Comprendre la importància de l'"acceptació" de l'usuari com el moment en què la llicència passa a ser un contracte vinculant entre les parts. En aquest sentit, analitzarem les llicències *click-wrap* i *shrink-wrap*, així com els seus possibles problemes de legalitat i la transcendència de l'acceptació en el cas de la llicència lliure GNU-GPL.

1. El concepte de llicència de programari

Per *llicència de programari* entenem el **contracte** que estableix **els termes i condicions** en virtut dels quals l'autor, o titular dels drets d'explotació d'un programa informàtic (al qual anomenarem "el licenciante", "titular del programari" o "proveïdor del programari") **permet la utilització d'aquest programa** a una altra persona (que anomenarem "el llicenciatari o usuari").

Diem que la llicència de programari és un contracte, perquè consisteix en un acord entre dues parts: el proveïdor del programari i l'usuari. Tanmateix, gairebé mai no es tracta d'un contracte que es negociï de tu a tu entre ambdós. Normalment és el proveïdor del programari qui prèviament estipula de manera unilateral els termes i les condicions de la llicència, com a contracte d'"adhesió". L'usuari no pot negociar amb el llicenciant les condicions de la llicència, sinó que únicament pot limitar-se a acceptar-les o a rebutjar-les.

Llicència: un contracte, un permís

En la pràctica solem emprar el terme *llicència* en dos sentits: tant per a referir-nos **al contracte** de llicència de programari (així, per exemple, parlem d'"acceptar els termes i les condicions de la llicència"), com **al permís, l'autorització o el dret** que es concedeix a l'usuari a utilitzar un programari per part del titular dels seus drets d'autor exclusius (així, per exemple, parlem també de "tenir llicència per utilitzar un programari").

De fet, aquest doble significat del terme *llicència* té conseqüències pràctiques i dóna lloc a certes controvèrsies. I això és així perquè en el **dret anglosaxó** (els Estats Units i el Regne Unit) cap la possibilitat que les llicències de programari siguin tant:

a) Un **contracte**, en el qual a més dels termes i les condicions d'ús del programari per part de l'usuari, es poden estipular uns altres pactes accessoris, com ara obligacions de confidencialitat, responsabilitat, tribunals competents per resoldre els conflictes que sorgeixin de la llicència, etc.

b) Una **declaració unilateral** del llicenciant, per la qual autoritza l'ús del programari a aquells que compleixin i respectin determinades condicions i determinats límits, de conformitat amb la llei de drets d'autor que sigui aplicable. En aquest cas, no es necessita l'acceptació expressa del llicenciatari; és per això que, la llicència només es pot referir exclusivament al

dret d'ús del programari (i no ha de regular pactes accessoris excepte com a condició d'exercicis dels drets concedits).

Tanmateix, en el **dret de l'Europa continental**, en el qual es troba el dret espanyol, no és possible concedir llicències d'ús de manera unilateral. Només es pot entendre la llicència com un contracte, el contingut del qual és acceptat per ambdues parts (llicenciant i llicenciatari), perquè precisament l'acceptació és el mitjà pel qual l'usuari-llicenciatari quedarà obligat a usar el programari respectant els límits i les restriccions, tant els previstos per la llei com els que exigeixi el proveïdor.

Les llicències de programari tenen com a objectiu principal, per tant, estipular els drets que el proveïdor concedeix a l'usuari sobre el programari (què pot fer amb el programari), i també les limitacions i les prohibicions que ha de respectar l'usuari (què no pot fer amb el programari).

A més, les llicències regulen altres aspectes, com els següents:

- Nombre de còpies i/o llicències que s'atorguen,
- Mode de lliurament i instal·lació del programari,
- Possible període d'instal·lació i proves d'acceptació per l'usuari,
- Durada de la llicència (limitada, prorrogable o indefinida),
- Preu de la llicència (pagament d'un sol cop o en quotes periòdiques),
- Període de garantia,
- Responsabilitats i les limitacions de responsabilitat del llicenciant,
- Llei aplicable i els tribunals competents en cas de litigi derivat de la llicència.

Nota

En aquesta unitat centrarem la nostra anàlisi en les llicències d'ús de programari estàndard, ja sigui parametritzat o no a les necessitats de l'usuari. Encara que sembli que deixem de costat els "contractes de desenvolupament" (pels quals un programador rep l'encàrrec d'un client de desenvolupar un programari a la mesura d'aquest), hem de tenir en compte que aquests contractes solen venir acompanyats d'una llicència accessòria en favor del client. En aquest cas, a aquesta llicència accessòria al "contracte de desenvolupament" també li serà d'aplicació el que expliquem en aquesta unitat.

Llicències de programari no lliure de propietat i llicències de programari lliure

Sigui programari de propietat o programari lliure, aquest s'acostuma a distribuir mitjançant un mateix instrument legal: la **llicència d'ús**. Les diferències entre el programari de propietat i el programari lliure es manifesten en unes llicències d'ús totalment distints en el seu contingut, en particular els drets que el proveïdor concedeix a l'usuari sobre el programari:

a) Les **llicències de programari no-lliure o de propietat** solen restringir al màxim els drets de l'usuari, que es redueixen a una facultat limitada d'usar el programari i a poder fer una còpia de seguretat d'aquest. Es prohibeix a l'usuari la còpia, la modificació o la redistribució del programari, i se li lliura només una còpia d'aquest en codi objecte.

b) Les **llicències de programari lliure** recullen una àmplia gamma de llibertats per a l'usuari, com el lliure ús, la còpia, la modificació i la redistribució. A més, el proveïdor proporciona o posa a disposició de l'usuari el codi font.

En el mòdul 6 següent analitzarem amb detall el contingut de les llicències lliures.

A continuació, comentarem alguns conceptes generals sobre les llicències de programari, abans d'analitzar la seva funció i naturalesa jurídica: els drets sobre el suport, les formes de les llicències i adequació als models de distribució de programari (propietari o lliure) en massa.

1.1. Programari i suport físic

Sabem que el programari com a tal és un bé immaterial i intangible. Qui pretengui utilitzar-lo, ho ha de fer instal·lant-lo i executant-lo prèviament en un element maquinari (generalment, un ordinador). Habitualment, el proveïdor del programari el distribueix proporcionant-lo a l'usuari mitjançant un suport físic (preinstal·lat en el disc dur, en disquets o en CD-ROM) que permet la seva instal·lació i/o execució en l'equip maquinari. No obstant això, amb l'aparició d'Internet, el suport físic ja no és imprescindible per a distribuir un programari, donada la possibilitat de descarregar programes en línia (a través de la World Wide Web, de xarxes *peer to peer*, etc.).

Drets sobre el suport físic

El programari (bé immaterial o obra intel·lectual) es distingeix del suport en el qual es conté (bé material).

Una dada important que hem de tenir ben clar encara que l'usuari adquireixi una còpia d'un programa d'ordinador subjecte a una llicència que li permeti quedar-se amb el suport (altres llicències poden obligar-lo a tornar-lo o a destruir-lo al final de la seva vigència), en tot cas **només "compra" la propietat del suport** (per exemple, el CD-ROM o el DVD). Tanmateix, **respecte al programari únicament adquireix el dret a utilitzar-lo (la llicència d'ús)**, un cop que accepti els termes i condicions de la llicència.

Així, durant la vigència de la llicència d'ús o en finalitzar aquesta, l'usuari podria donar o vendre el suport físic, però sempre que hagués esborrat el programari del suport. Igualment, comprar el suport no significa automàticament tenir dret a utilitzar el programa, ja que l'usuari ha d'acceptar abans la llicència.

Sobre aquest aspecte, la Llei de Propietat Intel·lectual (LPI) preveu una regla, aplicable a obres literàries o audiovisuals, però també al programari:

> "L'adquiridor de la propietat del suport al qual s'hagi incorporat l'obra no tindrà, per aquest únic títol, cap dret d'explotació sobre aquesta última" (art. 56.1).

1.2. Formes de la llicència

La llicència de programari pot adoptar diverses formes. La forma sol dependre de la manera en la qual es distribueix el programa i, en concret, del suport mitjançant el qual el proveïdor proporciona la còpia del programari a l'usuari, com acabem de comentar.

La LPI exigeix un sol requisit de forma per a les llicències de programari, i és que s'han de formalitzar **per escrit**.

> Article 45 LPI estableix que tota cessió dels drets d'explotació d'una obra literària, artística o científica (també el programari), inclosa la mera cessió del dret d'ús, "**s'haurà de formalitzar per escrit**".

Per tant, no són vàlides les llicències de programari que s'atorguin verbalment. L'exigència que consti per escrit es deu, en principi, a la necessitat d'atorgar tant al llicenciant com al llicenciatari certa protecció i seguretat jurídica.

Per "forma escrita" no hem d'entendre només la llicència que es reculli en format paper. També és vàlida la llicència que consti per escrit en **suport electrònic**, com un arxiu de text.

> **Contractes per via electrònica**
>
> L'article 23 de la Llei 34/2002, d'11 de juliol, de serveis de la societat de la informació i de comerç electrònic LSSI ha donat plena carta de validesa als contractes –entre ells la llicència de programari– celebrats per via electrònica:
>
> "Els contractes celebrats per via electrònica produiran tots els efectes previstos per l'ordenació jurídica, quan es presentin el consentiment i els altres requisits necessaris per a la seva validesa (...)
>
> "Sempre que la Llei exigeixi que el contracte o qualsevol informació relacionada amb aquest consti per escrit, aquest requisit s'entendrà satisfet si el contracte o la informació es conté en un suport electrònic. "

Com a **formes típiques** d'una llicència de programari tenim:

a) Document en paper

- Ambdues parts (proveïdor i usuari) signen un contracte de llicència. Aquesta forma és pròpia de llicències de programes amb destinació a empreses

o professionals, sobretot quan el programa requereix certs ajusts per a la "personalització" o "parametrització" a les necessitats del client.

- Les clàusules de la llicència s'incorporen dins de l'embolcall que conté el programari. Aquesta forma és pròpia de llicències de programes comercialitzats en massa i per a ús domèstic, que es distribueixen en suport físic de CD-ROM o DVD, la qual cosa ha donat lloc a les llicències denominades *shrink-wrap*.

b) Arxiu electrònic

Es pot tractar d'un arxiu electrònic de **tipus text** (.doc, .txt o similar) o parteix d'un **executable**. Al principi o cap al final de la instal·lació del programari, sol aparèixer un missatge a la pantalla de l'ordinador sol·licitant a l'usuari que llegeixi el contingut de la llicència. Perquè l'usuari finalitzi el procés d'instal·lació i pugui executar el programari, es requereix que accepti les condicions de la llicència, fent clic sobre una casella amb l'expressió "acceptar", "accepto les condicions de la llicència" o similar.

Aquesta forma és pròpia de programari que es distribueix per Internet, i dóna lloc a les llicències denominades *click-wrap*.

1.3. Programari estàndard, programari "a mida" i "parametritzable"

Sabem que la major part del programari (almenys el que té més difusió) no el crea un programador independent per al seu ús exclusiu o el d'unes quantes persones. El creen empreses programadores que precisament desenvolupen i distribueixen programari la utilitat i les aplicacions del qual confien que han de satisfer les expectatives i les necessitats de molts usuaris. Es tracta d'un programari "estàndard" o "en sèrie" que evoluciona segons les necessitats dels usuaris i la creativitat dels seus desenvolupadors.

L'objectiu de les empreses desenvolupadores de programari estàndard (amb o sense adaptacions a necessitats particulars de l'usuari) és distribuir el programari al més alt nombre d'usuaris possible per obtenir-ne la màxima divulgació i, per què no, els màxims beneficis econòmics. Es diu, per tant, que aquest programari es comercialitza o distribueix "**en massa**".

Programari estàndard

El negoci per a l'empresa creadora del programari pressuposa que el seu programari estàndard és més que suficient per a cobrir les necessitats dels usuaris que l'adquireixen. Als usuaris, per la seva banda, els és molt més econòmic adquirir una llicència de programari estàndard per encarregar a un programador que els faci, per exemple, un processador de textos "a mida".

Pel que fal **programari lliure**, es tracta igualment d'un programari "estàndard", l'autor original del qual també pretén que es divulgui entre el major nombre possible d'usuaris. A més, està disposat que els usuaris modifiquin el programari, l'adaptin, el millorin i fins i tot el redistribueixin amb les seves pròpies modificacions.

Models de negoci

En cas del "tradicional" programari de propietat, els ingressos són més elevats com més còpies del programa s'aconsegueix comercialitzar, a canvi d'una remuneració econòmica.

En el programari lliure o bé l'autor no persegueix obtenir un benefici econòmic (sinó que posa el programari a disposició dels usuaris per motius altruistes, per aconseguir reputació en la comunitat, etc.), o bé, si pretén obtenir beneficis econòmics, és mitjançant un **model de negoci alternatiu**. A grans trets, podem dir que, de l'obtenció d'ingressos per la venda de còpies de programari (programari de propietat), el negoci del programari lliure es desplaça, en el seu cas, a la prestació de serveis sobre aquest, com ara els d'actualització o manteniment.

D'altra banda, quan un programador o una empresa programadora creen un nou programari, **per encàrrec d'un client** adaptat i personalitzat que ha de satisfer les instruccions i les necessitats exclusives d'aquest client, la relació contractual entre ambdues parts es regula per un "**contracte de desenvolupament de programari**". En el Dret Espanyol, aquest contracte s'enquadra en la categoria tradicional dels "contractes d'arrendament d'obra" (regulats pels articles 1588 a 1600 del Codi Civil).

Contracte "a mida"

En tot cas, una de les clàusules més importants en un contracte de desenvolupament de programari és la que determina a qui li correspon la propietat del programari creat pel programador per encàrrec del client:

- Si s'atribueix al **client**. En aquest cas el programador (autor del programari) cedeix els drets d'explotació al client.
- Si s'atribueix al propi **programador**. En aquest cas, perquè el client pugui utilitzar el programari, el contracte de desenvolupament preveu que el programador concedeixi al client una **llicència d'ús**.

També pot ser que el programador conservi en el seu poder aquella part del programari que empra genèricament en els seus desenvolupaments (llicenciant-la al client) i que cedeixi els drets d'explotació sobre la part veritablement "parametritzada" per al client.

Així mateix, en molts casos (programari amb aplicacions especialitzades, destinat a professionals) sobre un codi o base genèrica es poden realitzar algunes adaptacions a les necessitats particulars de cada client. El proveïdor disposa d'un programari "nucli", que proporciona al client després d'efectuar determinades adaptacions en el codi font (***customitzacions,*** també conegudes com "modificacions" en sentit estricte) o canvis de paràmetres ("**parametritzacions**", també conegudes com "extensions") a les necessitats de l'usuari. Pensem en ERP com SAP, Peoplesoft o Compiere, o programari de gestió documental com Documentum o Alfresco. El programari adaptat a les necessitats del client és, evidentment, un programari més complex i de preu elevat, destinat a empreses i a professionals. El seu contracte de desenvolupament (i la corresponent llicència d'ús, tant propietària com lliure) serà també més complex.

Claus en mà

En el cas del programari estàndard, però adaptat a necessitats particulars de l'usuari, la llicència d'ús acostumarà a ser de les denominades de "claus en mà". En aquest tipus de llicències, no solament es confereix un dret d'ús sobre el programari a l'usuari, sinó que també es pacta expressament una garantia o un resultat concret en favor d'aquest, és a dir, el programari satisfà les necessitats concretes de l'usuari-llicenciatari. La llicència "claus en mà" pot recaure, en principi, tant sobre programari de propietat no-lliure com lliure.

En aquestes llicències "claus en mà", encara que el programari pugui ser no lliure, el fet que incorpori adaptacions que s'adeqüin a les necessitats de l'usuari pot suposar també que l'usuari-llicenciatari tingui un dret limitat a modificar el programari i d'accés al codi font; en particular, per crear, modificar o suprimir les *customitzacions* o parametritzacions esmentades.

La llicència de programari és pròpia de tot tipus de programari, tant "estàndard" (una pluralitat indeterminada d'usuaris), com del a "mida" (previ encàrrec d'un client), com "parametritzat". En cada cas, el titular del programari original (i de les modificacions o parametritzacions) haurà de concedir drets d'ús a l'usuari. La diferència rau en el fet que per a "programari estàndard" s'usa una llicència d'adhesió "estàndard" (l'EULA de Microsoft Windows o la GPL), mentre que per a "programari a mida" o "parametritzat" hi sol haver una negociació entre les parts sobre les condicions legals d'ús.

1.4. Contractació "en massa" i condicions generals

Com vèiem abans, la llicència de programari consisteix en un contracte amb dues parts. Tanmateix, gairebé sempre és una d'elles (el proveïdor del programari o llicenciant) que estipula unilateralment els termes i les condicions de la llicència. L'usuari en aquest cas no pot negociar amb el llicenciant les condicions de la llicència, sinó que només es pot limitar a acceptar-les o a rebutjar-les. Això és una conseqüència lògica en tractar-se d'un del programari estàndard, destinat a distribuir-se "**en massa**", sigui o no per obtenir un benefici econòmic.

El proveïdor del programari, evidentment, ni no pot ni vol negociar els termes de la llicència amb cadascun dels centenars o milers d'usuaris, sinó al contrari: vol que tots ells utilitzin el seu programari segons unes mateixes condicions imposades per ell mateix. Evidentment, si l'usuari no accepta les condicions, no adquirirà la llicència i, per tant, no podrà utilitzar el programari.

Quan el proveïdor del programari imposa a tots els usuaris uns mateixos termes i condicions de la llicència de programari, que aquests només poden acceptar (si volen utilitzar el programari) o rebutjar, es parla d'un "contracte d'adhesió" i es diu que empra **condicions generals**.

En ocasions, les llicències tenen també **condicions particulars**, que s'apliquen només a una relació contractual en particular: per exemple, si la llicència conté alguna clàusula sobre adaptació (*customization*) o "parametrització" a les necessitats específiques que un usuari en concret hagi plantejat al proveïdor.

L'ús de condicions generals està subjecte al compliment de determinats requisits legals. A Espanya, com en la resta d'Estats de la Unió Europea, regeixen unes lleis sobre les condicions generals als contractes que intenten protegir la posició del contractant que s'"adhereix" a les condicions davant de possibles abusos de l'empresari o professional que les imposa.

Com a **requisits principals**, s'exigeix que les condicions generals:

a) Es redactin amb concreció, claredat i senzillesa.

b) La part adherent ha de tenir l'oportunitat d'haver-les conegut abans d'acceptar el contracte.

c) La part que les imposi no pot beneficiar-se d'una redacció no clara o ambigua: en cas de dubte sobre la seva interpretació, la clàusula s'interpretarà en el sentit favorable a l'adherent.

d) Si una condició general té un contingut incompatible amb una condició particular, preval la condició particular.

e) A més, si l'adherent és consumidor, com veurem, algunes clàusules es consideren **abusives** i no es poden imposar, perquè s'entengui que són injustes i desproporcionadament desfavorables per al consumidor.

2. Funció jurídica i econòmica

Un cop definida la llicència d'ús de programari, ens podem preguntar:

- Per a què s'empren les llicències d'ús de programari?
- Per què la llicència d'ús és el mitjà o instrument legal habitual pel qual els proveïdors distribueixen el programari als usuaris?

2.1. Perquè s'empren les llicències d'ús?

Les llicències d'ús s'empren per concedir drets als usuaris i imposar limitacions a l'ús del programari. Resulten un bon instrument legal per gestionar els drets del propietari del programari, alhora d'afavorir la difusió (amb ànim de lucre o no) als usuaris.

Abans que res, podem trobar una explicació simple al fet que la llicència d'ús sigui el contracte habitual escollit pels proveïdors del programari: **és el contracte que millor protegeix els seus drets i que més afavoreix els seus interessos**.

La llicència d'ús de programari s'ha revelat com un instrument legal adequat per a aquesta finalitat si es consideren determinades **característiques singulars** que presenta el programari respecte d'altres béns i serveis, tant:

a) **Tècniques.** Es tracta d'un bé immaterial o intangible (creació de l'intel·lecte humà) del qual es poden fer múltiples còpies de la mateixa qualitat; és modificable, donant lloc a versions derivades, i de fet, evoluciona contínuament i amb rapidesa.

b) **Jurídiques.** El programari és objecte de drets exclusius d'autor, que la llei concedeix a aquells que el desenvolupen (aquests poden autoritzar-ne l'ús en exclusiva, còpia, modificació o distribució), no tenint cap obligació legal de divulgar el codi font.

Tenint en compte aquestes característiques del programari, veurem que les funcions jurídica i econòmica de les llicències de programari difereixen segons si es tracta de llicències de programari no-lliure "tradicional" o d'una llicència de programari lliure.

2.2. Funció jurídica i econòmica en les llicències de programari de propietat/no-lliure

Les empreses que desenvolupen **programari de propietat o privatiu** o no-lliure es beneficien al màxim, precisament, dels drets exclusius d'explotació que els concedeix la legislació sobre drets d'autor. Quan es persegueix obtenir el màxim rendiment econòmic d'un programari de propietat o privatiu, les empreses programadores basen el seu model de negoci en la comercialització de còpies, com més millor.

És per això que, les llicències de programari de propietat tenen tradicionalment **un contingut i un abast restrictius** en relació amb les facultats que sobre el programari es concedeix a l'usuari, i són molt protectores dels drets en exclusiva de l'autor.

Així, el proveïdor permet l'ús del programari a l'usuari, però amb moltes limitacions; a més, li prohibeix modificar i redistribuir el programari, drets que es reserva per a si. Aquestes **restriccions** li serveixen per a poder **maximitzar els seus ingressos** per la **comercialització de còpies**.

En aquest sentit, els proveïdors de programari privatiu pretenen mantenir tant sí com no l'exclusivitat i el control sobre la comercialització de les còpies del programari que desenvolupen. No volen que un usuari sigui "propietari" d'una còpia del programari, sinó un simple facultat per usar-lo, perquè si fos propietari podria revendre lliurement la seva còpia per esgotament dels seus drets (vegeu el mòdul 2). És per això que, els proveïdors de programari no venen una còpia de programari a l'usuari, sinó que només li permeten utilitzar el programari mitjançant una llicència.

Les llicències de programari privatiu solen prohibir o restringir a l'usuari el dret de cedir la seva còpia a un altre usuari (llevat de les llicències de programari gratuït o *freeware*, programari compartit o *shareware*, i altres excepcions): ni vendre-la, ni regalar-la, ni llogar-la o deixar-la a un tercer.

D'altra banda, les restriccions de modificació del programari a l'usuari, juntament amb la negativa a proporcionar-li el codi font, són també importants per als interessos del proveïdor de programari de propietat, ja que impedeix o dificulta que d'altres puguin plagiar el programa i crear-ne un altre amb prestacions idèntiques. D'altra banda, freqüentment es reserva l'exclusivitat en la prestació de serveis d'actualització o manteniment, pels quals també cobra als usuaris.

2.3. Funció jurídica i econòmica en les llicències de programari lliure

El programari lliure també es ve divulgant i distribuint als usuaris mitjançant llicències d'ús. Això, malgrat que el proveïdor del programari, quan decideix distribuir-lo com a lliure, o no persegueix un benefici econòmic, o bé si el persegueix, no l'obtindrà per la comercialització de còpies, sinó seguint un model de negoci diferent (la prestació de serveis sobre el programari).
D'una manera un tant paradoxal, les llicències de programari, que tradicionalment s'han emprat per restringir al màxim els drets de l'usuari, resulten també un mitjà adequat per garantir als usuaris de programari lliure els seus drets sobre aquest.

En el programari lliure, les llicències compleixen la mateixa funció però amb una finalitat totalment diferent. S'empren per a concedir drets i establir obligacions, però no per a protegir drets exclusius del proveïdor o per a aconseguir que es comercialitzi el nombre de còpies més elevat possible, sinó per **concedir i assegurar als usuaris les llibertats d'ús, modificació (adaptació i millores) i redistribució**.

Així doncs, les llicències de programari lliure concedeixen molts més drets a l'usuari i, al contrari, les seves restriccions i prohibicions són molt menors que les típiques de les llicències de programari de propietat. És més, aquestes restriccions consisteixen més aviat en "condicions" per a l'exercici de l'usuari dels drets que se li confereixen; condicions que no pretenen protegir drets d'explotació exclusius del proveïdor, sinó preservar la seva reputació i garantir que tots els usuaris podran beneficiar-se d'aquestes llibertats, i impedir així possibles intents d'apropiació del programari.

Exemples de restriccions en les llicències de programari lliure

En el cas de la GNU-GPL, s'exigeix als usuaris que redistribueixin el programari (amb modificacions o sense), que ho facin sota la mateixa llicència i que proporcionin el codi font o el posin a disposició. Res a veure, per tant, amb les estrictes prohibicions de modificar, copiar o cedir la còpia d'un programari de propietat.

En particular, en distribuir el programari lliure mitjançant llicències d'ús:

a) S'atorga als usuaris els drets "bàsics" de reproducció, modificació, comunicació pública i distribució.

b) Per l'obligació d'acompanyar el programari amb una còpia de la llicència i l'avís d'autoria, s'impedeix que algú **intenti apropiar-se del programari lliure**, permetent reconèixer sempre qui és l'autor del programari i preservar la seva reputació.

3. Naturalesa jurídica i marc normatiu

3.1. Naturalesa jurídica

Hem vist en aquesta unitat que la llicència d'ús de programari és un contracte. Ara bé, **quin tipus de contracte? quines lleis se li apliquen?**

La naturalesa jurídica del contracte de llicència de programari consisteix a determinar si aquesta llicència s'ha d'equiparar o no a algun dels contractes "clàssics". És a dir, si quan un proveïdor de programari concedeix una llicència a un usuari, hem d'entendre que ens trobem davant d'un contracte equivalent, per exemple, a una compravenda, a un arrendament o a una prestació d'un servei, o bé si es tracta d'un contracte completament independent, *sui generis*, que no té res que veure amb un altre tipus de contractes.

Naturalesa jurídica del contracte de llicència de programari

El **contracte de compravenda** consisteix en el fet que el venedor lliura una cosa (i la propietat d'aquesta) al comprador, a canvi que aquest li aboni una quantitat de diners (preu) determinada.

Per la seva banda, **l'arrendament o lloguer** consisteix en la cessió temporal pel llogater del dret a usar una cosa de la seva propietat a favor de l'arrendatari; aquest abona a canvi certa quantitat de diners (normalment en forma de renda o pagaments periòdics) i en acabar el contracte ha de tornar la cosa al llogater.

En el cas d'aquelles llicències que es concedeixen de manera gratuïta (en alguns casos de programari de propietat, com el *freeware* –programari gratuït–, el *shareware* –programari compartit–, etc., i en gran part de programari lliure), la qüestió se centra en determinar si la llicència d'ús de programari es pot equiparar a un **préstec** o a una **donació**.

Quan el programari s'adapta o es parametritza a les necessitats de l'usuari, també podem assimilar-lo a **la realització d'una obra o a la prestació d'un servei**.

En aquest sentit, **l'opinió majoritària actualment considera que la llicència de programari consisteix en un contracte *sui generis*, atípic**, diferent de qualsevol altre contracte (com la compravenda, l'arrendament de coses, el préstec, la donació, la prestació de serveis, etc.).

Llicència de programari

Com a contracte atípic, no hi ha cap norma jurídica (si més no a Espanya ni en el conjunt de la Unió Europea) que s'encarregui de regular de manera específica i completa les llicències d'ús de programari, a diferència dels contractes "clàssics", que sí que es regulen per llei.

Amb relació al **contracte de compravenda**, sabem precisament que concedir una llicència de programari té com un dels seus motius principals evitar que es pugui parlar de "venda" del programari (parlem aquí de programari "de propietat"). Amb això, el llicenciant conserva sempre els drets de propietat sobre el programari i el control sobre la còpia

i la distribució d'aquest. És a dir, deixa ben clar a l'usuari que no li "ven" el programari, sinó que únicament li'n permet determinats usos limitats.

Tampoc no es pot assimilar per complet la llicència de programari a un **arrendament** (lloguer), ja que, en molts casos, la llicència es concedeix per temps indefinit, mentre que en els arrendaments s'estableix necessàriament un termini de temps determinat per usar la cosa llogada. I fins i tot en els supòsits en els quals la llicència de programari es concedeix per un termini determinat, el que el llicenciant permet a l'usuari-llicenciatari són drets limitats sobre un bé immaterial com és el programari, molt menors que els que se solen concedir en un arrendament.

A més, quan finalitza un contracte d'arrendament, l'arrendatari ha de tornar la cosa arrendada al llogater. En el cas de les llicències de programari, si bé de vegades s'exigeix que l'usuari torni la còpia al llicenciant en finalitzar el contracte, en moltes ocasions l'usuari no ha de tornar res, sinó destruir, esborrar i/o desinstal·lar definitivament el programa.

En el cas de **programes *shareware* o *demos***, la llicència es podria assimilar a un préstec, si bé l'equiparació tampoc no pot ser absoluta: no se cedeix una cosa sinó un dret, i possiblement no s'hagi de tornar físicament gens al llicenciant en finalitzar el període de vigència (sinó esborrar el programa, i fins i tot aquest queda de vegades automàticament deshabilitat).

En els supòsits de llicències de **programa gratuït *freeware*** o de **programari lliure** que es concedeix gratuïtament, la llicència podria assimilar-se a una **donació**: es permet l'ús (un dret, no una cosa) d'un programari, de manera gratuïta, de manera indefinida. En tot cas, podria tractar-se de **donacions modals** (quan es regala alguna cosa a algú, però a canvi el beneficiat ha de complir una condició o gravamen perquè tals llicències sempre imposen certes condicions al llicenciatari, com per exemple la clàusula *copyleft*.

No obstant això, les antigues normes del Codi Civil sobre donacions, que daten del segle XIX, difícilment podran ser adequades i suficients a les situacions que planteja una llicència d'ús de programari.

Això comporta que a la llicència de programari no li siguin aplicables automàticament les normes pròpies d'altres contractes. La llicència de programari es regirà abans que res pel pactat entre les parts i per les normes generals sobre obligacions i contractes. En tot cas, sempre d'aplicació li seran determinades lleis i altres normes:

a) **Imperatives:** aquelles normes que regeixen obligatòriament entre llicenciant i llicenciatari en qualsevol cas. Si en el contracte de llicència han pactat una clàusula contrària a una norma imperativa que li sigui aplicable, aquesta clàusula serà nul·la (per exemple prestar una garantia).

b) **Dispositives:** aquelles normes que regeixen entre llicenciant i llicenciatari per al cas que no hagin pactat cap altra cosa diferent en el contracte de llicència. Per exemple, si no es pacta expressament en el contracte una clàusula d'exclusivitat, per llei s'entén (article 99 de la LPI) que la llicència es concedeix al llicenciatari sense dret d'exclusivitat.

No obstant això, si bé l'opinió majoritària considera les llicències de programari com un contracte *sui generis*, que es regirà fonamentalment pel pactat entre les parts, per les normes genèriques aplicables a tots els contractes i per les normes sobre drets d'autor, també s'afirma que, **segons cada cas concret**, es podran aplicar (puntualment) algunes de les normes que regulen la compravenda, l'arrendament de coses o d'obra, el préstec, la donació, la prestació de serveis, etc.

Això seria, com diem, no amb caràcter general, sinó per a casos puntuals i per **aplicació "analògica"** d'aquestes normes: per resoldre aquelles controvèrsies que derivin d'aspectes no regulats en la pròpia llicència, o bé que s'hagin regulat per unes clàusules contractuals ambigües, difícils d'interpretar, o bé perquè una clàusula de la llicència es consideri nul·la perquè vulnera una norma imperativa (per exemple, si es pot aplicar a les llicències de programari la normativa sobre garanties en matèria de compravenda).

L'aplicació, per analogia, de les normes que regulen un contracte o un altre dependrà de **les circumstàncies concretes de cada cas**: algunes llicències de programari s'assemblen més a una compravenda (programari comercialitzat en massa), unes altres a un arrendament o a una prestació de serveis (programari parametritzat), unes altres a una donació o a un préstec (programari distribuït gratuïtament).

- Compravenda. Així, tant a Espanya com a altres països (el Regne Unit, els Estats Units) hi ha tribunals que han resolt litigis sobre llicències de programari per aplicació analògica de les normes que regulen la compravenda (per exemple, sobre les garanties del venedor respecte del bon estat i funcionament de la cosa venuda). En especial, es diu que les normes sobre contractes de compravenda es poden aplicar analògicament a aquelles llicències de programari estàndard (en massa) que, pels seus termes i condicions, s'assemblin més a una compravenda (preu fix, temps indefinit) sense arribar a ser-ho.

- Arrendament. En altres supòsits, es podran considerar d'aplicació analògica normes puntuals relatives als contractes d'arrendament o de prestació de serveis (per exemple, la garantia que la cosa arrendada és propietat del llogater, fet pel qual cap tercer podrà impedir a l'arrendatari usar la cosa). Pensem en aquelles llicències de programari creat pel llicenciant, però adaptat –parametritzat– a les necessitats de l'usuari.

- Donacions. Quan les llicències es concedeixen gratuïtament (cas de les llicències de programari lliure, en general) es podran considerar d'aplicació analògica les normes que regulen la donació o el préstec.

També hem de tenir en compte que la LPI sí que regula, almenys en part i de manera indirecta, el possible contingut d'un contracte de llicència d'ús de programari, amb preferència a l'aplicació o no d'altres normes. Com analitzarem més endavant, la LPI preveu la sèrie de normes sobre els drets exclusius dels llicenciants respecte del programari, sobre la manera de cedir aquests drets i sobre determinades facultats, prohibicions i límits que pot imposar o no a l'usuari-llicenciatari.

3.2. Marc normatiu

Sabem que el programari es troba protegit fonamentalment per les normes que regulen els drets d'autor. Pel que fa a les llicències d'ús, en concret, hem exposat anteriorment que no existeix una norma que reguli per complet el contingut al qual s'han d'ajustar; tanmateix, segons les circumstàncies i els pactes particulars de cada llicència d'ús, podran ser-los d'aplicació analògica les normes que regulen altres contractes.

Per tant, ens preguntem: quines lleis i quines normes s'apliquen a les llicències d'ús de programari? És a dir, quin és el seu règim legal o marc normatiu? Determinar el marc normatiu aplicable a una llicència d'ús és important, tant les **normes imperatives** (d'aplicació obligatòria, que prevalen fins i tot per sobre de les clàusules de la llicència), com les **normes dispositives** (d'aplicació només en cas que no hi hagi cap clàusula de la llicència que regeixi el mateix punt).

Per *marc normatiu* entenem **el conjunt de normes jurídiques** (convenis internacionals, lleis, reglaments, etc.) **que són d'aplicació als contractes de llicència de programari**. A cada país, el marc normatiu aplicable varia. En aquest apartat ens centrarem en les normes que a Espanya s'apliquen a les llicències de programari.

No obstant això, cal precisar que el règim jurídic a Espanya és substancialment idèntic al de la resta d'Estats de la Unió Europea, per tal com gran part de les lleis espanyoles que se citen a continuació són adaptació de Directives de la Unió Europea.

Directives europees

Les Directives consisteixen en normes que la Unió Europea dicta als seus estats membres perquè unifiquin el seu règim jurídic pel que fa a una determinada matèria (aprovant noves lleis o reformant les existents). Per tant, les lleis que es promulguen a Espanya a conseqüència d'una directiva de la Unió Europea tenen un contingut molt similar a les lleis corresponents als altres estats de la Unió. Els exemples són els següents:

- Directiva 93/13/CEE, del Consell, de 5 abril de 1993, sobre clàusules abusives als contractes celebrats amb consumidors.
- Directiva 2000/31/CE, del Parlament Europeu i del Consell, de 8 de juny de 2000, relativa a determinats aspectes dels serveis de la societat de la informació, en particular, el comerç electrònic en el mercat interior.

Com hem vist al mòdul 2, la norma d'aplicació principal a les llicències de programari a Espanya és la **Llei de Propietat Intel·lectual** (Reial Decret Legislatiu 1/1996, de 12 d'abril, pel qual s'aprova el Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual, regularitzant, aclarint i harmonitzant les disposicions legals vigents sobre la matèria LPI). Es pot destacar, d'aquesta, el títol VII del llibre

I (articles 95 a 104), relatius als "programes d'ordinador". Si bé aquesta llei no regula directament les llicències d'ús, regula els drets –exclusius– que tenen els autors d'un programari sobre aquest programa.

La LPI preveu que l'autor o, en general, el proveïdor del programari pugui cedir l'ús del programa a tercers mitjançant llicències. Així mateix, la LPI contempla els drets que pot cedir el proveïdor del programari, les prohibicions i límits pot imposar als usuaris-llicenciataris i als drets d'aquests últims que no poden limitar-se.

En particular, podem destacar l'últim paràgraf de l'article 99 de la Llei de Propietat Intel·lectual, que preveu una norma específica per a les llicències d'ús de programari:

> "A tals efectes, quan es produeixi **cessió del dret d'ús** d'un programa d'ordinador s'entendrà, llevat de prova en contrari, que aquesta cessió té caràcter **no exclusiu i intransferible**, i es presumirà, així mateix, que ho és per **satisfer únicament** les necessitats de l'usuari."

Altres normes que són d'aplicació a les llicències de programari (o a part d'elles) són les següents:

a) **Llei 7/1998, de 13 d'abril, sobre condicions generals de la contractació.** S'aplica a gairebé totes les llicències de programari, en la mesura que aquestes contenen condicions generals (clàusules de la llicència prefixades pel proveïdor del programari perquè siguin imposades a tots els usuaris).

b) **RDL 1/2007, de novembre, General per a la Defensa dels Consumidors i Usuaris.** S'aplica només a aquelles llicències de programari l'usuari-llicenciatari de les quals sigui un consumidor. En aquests casos, les seves normes són d'especial importància, ja que impedeixen que el proveïdor-llicenciant pugui imposar en el seu propi favor determinades **clàusules abusives** a l'usuari-llicenciatari (consumidor) que suposin un injust "desequilibri de les prestacions".

c) **Llei 34/2002, d'11 de juliol, de serveis de la societat de la informació i de comerç electrònic (la coneguda "LSSI").** S'aplica a aquelles llicències de programari que s'adquireix per Internet (les llicències *click-wrap*). En particular, són d'aplicació els articles 23 a 29 de l'LSSI, que estableixen certes obligacions d'informació i passos que a seguir en el procés de contractació per via electrònica. Aquestes obligacions són encara més fortes quan l'usuari és un consumidor.

D'altra banda, i com ja hem exposat, a la llicència d'ús també poden ser d'aplicació analògica les normes del **Codi Civil** i del **Codi Mercantil** sobre:

1) la compravenda (per a aquelles llicències de programari estàndard comercialitzades "en massa" a usuaris consumidors concedides per temps indefinit quan l'usuari-llicenciatari ha abonat un preu a tant alçat);

2) l'arrendament de béns o la prestació de serveis (per a aquelles llicències de programari creat pel llicenciant però parametritzat a les necessitats de l'usuari, que es concedeixen anys i per les quals l'usuari abona una quota mensual o anual);

3) si les llicències d'ús són gratuïtes, podrien aplicar-se les normes del **Codi Civil** que regulen el contracte de préstec o la donació.

No obstant això, l'aplicació per analogia d'aquestes normes del Codi Civil o del Codi Mercantil no serà automàtica i obligatòria, sinó que dependrà de cada cas: en funció de si ho pacten expressament les parts o de si ho decideix un jutge en un litigi.

En última instància, sí seran d'aplicació **les normes i els principis generals** sobre les obligacions i els contractes que preveuen tant el Codi civil com el Codi de Comerç. Cal destacar normes i principis com els següents:

- complir i executar dels contractes de bona fe, i
- responsabilitat per l'incompliment dolós o negligent de les obligacions contractuals.

4. Elements subjectius: les parts en les llicències de programari

Com en altres contractes, en tota llicència d'ús de programari hi ha dues parts, dues persones (físiques o jurídiques), a les quals la llicència els assigna drets i obligacions amb relació al programari objecte de la llicència. Aquestes parts són, d'una banda, el proveïdor-llicenciant del programari, i de l'altra, l'usuari-llicenciatari.

4.1. El proveïdor-llicenciant del programari

El proveïdor-llicenciant és qui concedeix la llicència a l'usuari per utilitzar el programari, proporcionant-li una còpia del programari llicenciat.

Com hem vist, el proveïdor-llicenciant del programari és qui sol fixar de forma unilateral els termes i condicions de la llicència, limitant-se l'usuari-llicenciatari a acceptar-los o rebutjar-los, sense poder entrar a negociar el contingut dels drets i les obligacions d'aquesta.

El proveïdor-llicenciant ha de tenir **drets suficients sobre el programari**, d'acord amb la legislació sobre drets d'autor, **per poder concedir llicències d'ús sobre aquest**. Entendrem que el proveïdor-llicenciant s'hi troba facultat quan és:

- L'autor o grups d'autors del programari (titular original dels seus drets d'explotació).
- El titular derivat dels drets d'explotació del programari.
- El titular solament del dret a distribuir el programari (o distribuïdor).

En els pròxims subapartats, analitzarem amb detall cada un d'aquests possibles "proveïdors-llicenciants" de programari.

4.1.1. L'autor o grup d'autors

Proveïdor-llicenciant pot ser, en primer lloc, **l'autor o grup d'autors** del programari, és a dir, el programador o els programadors que l'han creat, com a titulars originals dels drets exclusius sobre el programari. L'autor podrà concedir llicències d'ús sempre que els drets d'explotació sobre el programari no s'hagin cedit a un tercer.

En principi, l'autor d'un programari només pot ser una o diverses persones físiques, perquè es tracta precisament d'una obra creada per l'intel·lecte humà. No obstant això, la LPI mateixa preveu que, en determinades circumstàncies, una persona jurídica es pugui considerar titular originari del programa informàtic, com en els casos en els quals un programari sigui una "obra col·lectiva", com l'hem definit en el mòdul 2 d'aquesta assignatura, o una empresa.

Capacitat legal

L'autor persona física podrà concedir llicències d'ús del seu programari si és major d'edat, és a dir, si té **capacitat legal** per contractar. Els autors de programari que siguin menors d'edat necessitaran l'autorització dels seus pares o tutor per concedir una llicència vàlidament. Com a excepció a l'anterior, a Espanya la LPI permet als autors menors d'edat concedir per si sols llicències de programari si es tracta d'"autors menors de divuit anys i majors de setze, que visquin de manera independent amb consentiment dels seus pares o tutors o amb autorització de la persona o institució que els tinguin al seu càrrec".

El programari pot ser creat per l'esforç i la tasca d'un programador aïllat. Serà aquest l'únic autor i, per tant, l'únic facultat per a explotar-lo. Però sabem que, en la pràctica, aquest no és el cas habitual: el programari sol ser el producte de l'esforç de diverses persones. En aquests casos, el programari pot ser una: obra en col·laboració o col·lectiva, per als quals ens remetem al mòdul 2.

Recordeu que quan un autor utilitza un programari preexistent per modificar-lo i adaptar-lo a necessitats noves (sempre que tingui els drets per fer-ho, com per exemple, amb llicència lliure), l'obra resultant (una obra composta o derivada) tindrà dos titulars: els drets sobre l'obra original correspondran a l'autor inicial i els drets sobre l'obra nova (derivada, composta) seran de l'autor nou.

Un cas d'obra composta

Molts fitxers de programari lliure han estat modificats per diversos autors en diversos moments i resulten ser "obres compostes", sense ser fruit d'una col·laboració ni de la coordinació necessària per a una obra col·lectiva. L'avís d'autor posarà: "Desenvolupador inicial: © Joan X, 2000. Modificacions 1, 2 i 3: © Pere Y, 2002. Modificacions 4 i 5: © Maria Z".

La distinció entre obra col·lectiva, obra en col·laboració i obra composta és important als efectes de desenvolupament i explotació del programari lliure: qui és titular del programari, qui pot decidir sobre la llicència de distribució, qui ha d'exercitar accions legals –com a titular– respecte de qualsevol infracció dels seus drets, etc.

Titulars-llicenciaris originaris en el software lliure

- Si a partir d'un programari lliure original, un programador desenvolupa un mòdul que constitueix un element separable i explotable independentment, el conjunt serà una obra composta: el programador podrà determinar la llicència de distribució, que sempre haurà de ser compatible amb la llicència sobre el programari original. Veurem que en el cas del programari amb *copyleft* (amb la GPL, per exemple), l'obra composta s'haurà de distribuir, la majoria dels casos, amb la mateixa llicència (la GPL).

- Si hi hagués un grau de col·laboració entre els autors de les parts, l'obra serà en col·laboració i el conjunt d'autors tindrà els drets de titulars.

- Tanmateix, si les obres constitueixen contribucions a un mòdul únic i no es poden explotar individualment, serem davant d'una obra col·lectiva: en aquest últim cas, es considerarà autor a aquella persona física o jurídica (empresa, administració pública,

organització sense ànim de lucre, etc.) que dirigeixi i coordini el desenvolupament d'aquest programari.

- No obstant això, encara que un programari distribuït com a lliure es pugui considerar legalment com una "obra composta" o una "obra en col·laboració", en la pràctica molts dels projectes de desenvolupament de programari lliure aconsegueixen equiparar les aportacions de cada programador a les pròpies d'una "obra col·lectiva", sota la coordinació del cap o líder de projecte (o fundació, com a la Fundació Apache o Sakai). Això ho aconsegueixen fent que cada programador que contribueixi al projecte subscrigui un acord de contribuent (*contributor agreement*) o similar, pel qual el programador cedeix o llicencia l'organització de torn (per exemple, l'Apache Software Foundation en el cas del projecte Apache), que sol ser el desenvolupador inicial (*initial developer*) o titular del programari "nucli" del programa.

4.1.2. Titular dels drets d'explotació o econòmics

Hem vist en el mòdul 2 que quan es crea un programari el **titular original** dels drets d'explotació és el seu autor. No obstant això, pot ser que posteriorment a la seva creació, una altra persona (física o jurídica) esdevingui titular dels drets d'explotació: parlem llavors de **titular derivat**. En aquest cas, aquesta altra persona passa a ser l'única facultada per autoritzar les reproduccions del programari, fer modificacions o distribuir-lo.

Per tant, quan l'autor cedeix (bé voluntàriament, per successió o per obligació legal) **en exclusiva** els drets d'explotació sobre el programari a un tercer, aquest passa a ser l'únic capaç de **concedir llicències d'ús** sobre aquest programari.

Aquest titular pot haver adquirit els drets d'explotació de l'autor original del programari a través de:

a) Cessió voluntària: mitjançant un **contracte** pel qual l'autor original cedeix **tots** els seus drets d'explotació a una altra persona, generalment a canvi d'una remuneració econòmica. En aquest cas, i a diferència dels drets que adquireix un usuari per una llicència, en una cessió l'autor original transmet els seus drets d'explotació a un tercer de forma completa i irrevocable, per la qual cosa "perd" aquests drets i queda com a titular només de drets morals.

Exemples

Els contractes sobre aportacions o contribucions a projectes de programari lliure solen tenir aquesta forma, amb la diferència que no inclouen cap remuneració econòmica per la cessió, sinó la concessió a favor del propi autor original d'una llicència d'ús ampli (*license back*) perquè pugui continuar desenvolupant o explotant el programari separadament.

Quan una empresa desenvolupadora de programari encarrega la creació d'un programa informàtic a un programador o programadors que no són treballadors seus, sinó independents (*freelance*), el contracte que regeixi les relacions entre les parts (contracte de prestació de serveis o d'obra) haurà de recollir expressament que el programador cedeix els drets d'explotació sobre el programari a l'empresa. Tot i que en algun país, com els Estats Units, es pot entendre que en tot cas serà titular d'aquests drets l'empresa (casos de *work-for-hire*, encara que convé explicitar-ho en el contracte), a Espanya caldria estipular expressament la cessió al contracte perquè s'entengui que l'empresa adquireix realment els drets d'explotació.

b) Successió. En cas de mort de l'autor (persona física), tots els seus drets sobre el programari passen a les mans de la persona (física o jurídica) a qui l'autor hagi designat expressament en el seu testament, o en el seu defecte, als seus hereus legals.

c) Disposició de la llei. Els assalariats. Hem vist al mòdul 2 que, com disposa la LPI, quan un programador crea un programari en la seva condició de treballador, els drets d'explotació corresponen a l'empresari, llevat que hagin pactat el contrari. El treballador es queda solament amb els drets morals, però és l'empresa l'única que pot explotar el programari, en el seu cas mitjançant la concessió de llicències de programari.

4.1.3. Titular del dret a distribuir el programari

Es tracta dels **distribuïdors de programari**. Igual que molts fabricants comercialitzen els seus productes mitjançant distribuïdors (que s'encarreguen de revendre'ls, per exemple, en un determinat territori), també és possible que l'autor o el titular dels drets d'explotació sobre el programari decideixi comercialitzar el seu programari mitjançant una xarxa de distribuïdors. Amb això, es procura una distribució més àmplia i més rendible d'aquest programari.

En aquests supòsits, l'autor o el titular dels drets d'explotació sobre el programari (entre ells, la distribució) designa diversos distribuïdors perquè s'encarreguin de comercialitzar llicències d'ús. Ambdues parts es vinculen per un "**contracte de distribució**" en el qual al distribuïdor se li concedeix una llicència perquè pugui concedir, al seu torn, **subllicències d'ús** als usuaris.

El distribuïdor està facultat per a **concedir subllicències** d'ús sobre el programari mentre romangui en vigor el contracte de distribució; quan finalitzi aquest contracte, deixarà de ser distribuïdor, i per tant, s'acabarà el seu dret d'atorgar subllicències.

Exemple

No considerem "distribuïdors", per exemple, uns grans magatzems o una botiga d'informàtica en els quals es pot adquirir programari de consum. Aquests establiments no són, en principi, distribuïdors, perquè l'únic que venen és el suport (CD-ROM, DVD) en el qual es troba la còpia del programari. La llicència d'ús se subscriu posteriorment, directament entre el "fabricant" del programari i l'usuari. Quan parlem de *distribuïdors* ens referim a aquells que sí que estan facultats per a ser "proveïdors del programari", és a dir, per a concedir llicències (en aquest cas, subllicències) de programari. Un exemple de distribuïdors són els OEM, com ara Dell o HP, que inclouen programari de tercers en els equips maquinari que venen.

Normalment el distribuïdor no té cap dret més sobre el programari (no pot modificar-lo), llevat del poder de subllicenciar-lo. Fins i tot és freqüent que l'autor o el titular dels drets d'explotació imposi al distribuïdor el model de subllicència que aquest ha d'atorgar als seus clients. El distribuïdor adquireix

les llicències pagant per aquest motiu al titular del programari, i obté el seu benefici subllicenciant el programari a un preu més alt (i, en el seu cas, prestant serveis addicionals a l'usuari final, com els de manteniment i consultoria).

En la subllicència, el distribuïdor adverteix expressament a l'usuari qui és el titular dels drets exclusius sobre el programari, si bé es compromet ell mateix a garantir-li l'ús del programari durant la durada de la subllicència. Per a això, el distribuïdor tindrà al seu torn una garantia de "no revocació" de la llicència per part del titular del programari: el titular del programari respectarà la subllicència concedida a l'usuari, permetent-li l'ús del programari.

4.2. Garantia de titularitat

Fins ara hem explicat qui poden ser "proveïdor-llicenciant" en una llicència de programari: només poden concedir el dret a utilitzar el programari aquelles persones que siguin titulars dels seus drets d'explotació (titular original o derivat) o, com a mínim, que estiguin facultades pels aquests titulars per a distribuir-lo.

Si la llicència la concedeix algú que no té aquests drets, ens trobarem amb una cessió nul·la i il·legal del dret d'ús sobre el programari.

Exemple

En aquest cas, el llicenciant haurà concedit una llicència vulnerant els drets exclusius de l'autor o el titular dels drets d'explotació sobre el programari, el qual podrà exigir i entaular les accions legals oportunes per impedir que continuïn vigents les llicències atorgades sense el seu permís, prohibint l'ús del programari a l'usuari i exigint responsabilitats al llicenciant.

La falta de titularitat de drets sobre el programari per part del proveïdor no implica, en principi, cap responsabilitat de l'usuari-llicenciatari de bona fe (és a dir, aquell que va subscriure la llicència pensant que el proveïdor estava veritablement facultat per a atorgar-la) davant del verdader titular del programari. No obstant això, l'usuari sí que pot patis perjudicis greus, en particular la paralització i la pèrdua del dret a utilitzar el programari, a conseqüència de les accions judicials que emprengui el seu vertader titular. En el seu cas, a més, l'usuari haurà pagat per utilitzar un programari a qui no devia.

Per tant, és condició inherent i *sine qua non* per concedir una llicència de programari que el proveïdor-llicenciant tingui els drets suficients per concedir-la; i serà **responsable davant l'usuari** pels perjudicis que aquest pugui patir en cas que resulti **que no té títol suficient** per atorgar la llicència.

Així doncs, es diu que en concedir una llicència d'ús el proveïdor deixa necessàriament a l'usuari una "**garantia de titularitat**". Amb això, l'usuari pot estar tranquil que usa el programari legalment i que podrà continuar usant-lo amb continuïtat mentre duri la llicència.

Warranties

D'acord amb el Dret Espanyol, més que una garantia, la titularitat sobre el programari és una condició inherent que ha de tenir el proveïdor sobre el programari perquè la cessió del dret d'ús sigui vàlida i no infringeixi drets d'autor de tercers. Tanmateix, parlem de "garantia de títol o titularitat" per influència del Dret Anglosaxó, ja que moltes llicències de programari són traducció o adaptació de llicències nord-americanes. En Dret Anglosaxó, hi ha la figura de les *warranties*"(garanties que un venedor, un llogater o un llicenciant deixa a l'altra part), entre les quals es troba la *warranty of title*, el proveïdor assegura a l'usuari que està degudament facultat per concedir-li la llicència i que no infringeix drets de tercers.

La garantia de titularitat resulta del propi Dret General de les obligacions i contractes: incorre en responsabilitat la part que incompleix de manera dolosa o negligentment les seves obligacions contractuals (articles 1101 i 1102 del Codi civil).

A més, en el cas que l'usuari sigui un consumidor, s'aplica la Llei General per a la Defensa de Consumidors i Usuaris (hi ha lleis similars en tots els estats de la Unió Europea), a partir de la qual es deriva que el proveïdor de programari ha de respondre davant l'usuari consumidor de l'origen, la identitat i la idoneïtat del programari.

La LPI mateixa disposa que es consideren infractors dels drets d'autor que sense autorització del titular "posin en circulació una o més còpies d'un programa d'ordinador coneixent o podent presumir la seva naturalesa il·legítima" (article 102).

Per tant, a Espanya (com en la resta de la Unió Europea) resulten nul·les aquelles clàusules que intenten limitar o excloure aquesta garantia de titularitat, tant si l'usuari és professional com si és consumidor.

Reflexió

Moltes llicències de programari segueixen el model anglosaxó de no concedir cap garantia sobre el programari, ni tan sols la de titularitat, manifestant que el programari es lliura a l'usuari "**tal cual**" (traducció de l'expressió anglesa ***as is).*** Fins i tot moltes d'elles citen expressament que no deixen garanties de titularitat i de no infracció (*warranties of title and non-infringment*).

Doncs bé, com hem assenyalat, si la llei aplicable és l'espanyola (o la de qualsevol altre país de la Unió Europea), aquesta exclusió de la garantia de titularitat no **és legal**. El proveïdor del programari està obligat per llei a garantir la seva titularitat sobre el programari.

És interessant observar que l'EUPL 1.0 (European Union Public License), redactada per al marc legal europeu, inclou una "garantia de títol", igual que l'OSL 3.0. (Open Source License) Comentarem aquestes llicències en el mòdul 6.

En l'extrem oposat als intents d'excloure la garantia de titularitat, també és habitual (sobretot en les llicències de programari especialitzat, destinat a usuaris empresaris o professionals, però no en les llicències lliures) establir al con-

tracte de llicència **clàusules d'indemnitat a favor de l'usuari**, per protegir els seus interessos en cas que sorgeixi un litigi sobre la verdadera titularitat del programari:

a) Assumir la defensa de l'usuari davant de qualsevol reclamació o acció que un tercer, que reclami la seva condició de vertader titular del programari, pugui exercir contra l'usuari sobre la base que està infringint drets d'autor en utilitzar un programari sense la seva autorització.

b) Tornar a l'usuari el preu que hagi abonat per la llicència i abonar-lo pels danys i perjudicis que pugui sofrir.

c) Substituir el programari per un altre o modificar-lo perquè cessi la infracció del dret d'autor, etc.

4.3. L'usuari-llicenciatari. Especial referència a l'usuari consumidor

Es tracta de l'altra part del contracte de llicència de programari. És la persona (física o jurídica) **que adquireix el dret d'usar el programari** per mitjà de la llicència, segons els termes i les condicions que s'estableixen en aquesta (gairebé sempre imposats pel proveïdor del programari). L'usuari-llicenciatari té com a obligacions principals pagar el **preu** de la llicència (quan és de pagament) i respectar les **limitacions d'ús** que li imposa la llicència.

En el cas que l'usuari sigui llicenciatari d'un programari no-lliure en principi, seran pocs els seus drets com a usuari (bàsicament executar el programa, aprofitar les seves aplicacions i poder fer una còpia de seguretat), mentre que les limitacions són moltes. Per contra, si l'usuari és llicenciatari d'un programari lliure, les llibertats de l'usuari-llicenciatari seran molt més àmplies, i per tant, les limitacions, menors: podrà usar el programari lliurement i, a més, modificar-lo i redistribuir-lo amb o sense modificacions.

Si l'usuari està facultat per a modificar el programari i el modifica, pot passar a ser **l'autor d'una obra derivada**, segons l'article 11 de la LPI (és a dir, de la traducció o l'adaptació del programari), com hem vist en el mòdul 2. Per la seva banda, si l'usuari està facultat per a redistribuir el programari i el redistribueix, es convertirà també en **proveïdor de programari**.

És rellevant determinar, en una llicència de programari, i si l'usuari-llicenciatari és **un consumidor o un empresari**, perquè en funció d'això **varia el règim legal** al qual està subjecte el contracte de llicència.

Diferenciació

De vegades, en el propi text de la llicència d'ús es recullen drets i limitacions diferents en funció de si l'usuari és un consumidor que destinarà el programari a un ús particular o si és un empresari/professional que destinarà el programari a la seva activitat. Aquesta és una forma de les anomenades **llicències duals**, que comentarem en el mòdul 7.

Encara que el proveïdor pugui concedir o no en la seva llicència els mateixos drets sobre el programari a tots els llicenciataris (sense distingir entre usuaris consumidors o empresaris), poden variar les lleis i altres normes jurídiques que s'apliquen o poden ser d'aplicació a la llicència: sobretot, en seu de la validesa, l'aplicació i la interpretació de les seves clàusules (per exemple, sobre l'acabament del contracte, les responsabilitats del proveïdor, etc.).

4.3.1. L'usuari consumidor

Si l'usuari és un consumidor, s'entén que es troba en una posició especialment feble, per la qual cosa ha de tenir una protecció legal davant de possibles abusos del proveïdor del programari, com succeeix en molts altres contractes que subscriuen els consumidors.

En aquest cas, i com hem vist, a la llicència li són d'aplicació les normes de la Llei sobre Condicions Generals de la Contractació i de la Llei General per a la Defensa de Consumidors i Usuaris que **prohibeixen les clàusules abusives**: aquelles estipulacions no negociades individualment que en contra de les exigències de la bona fe causin, en perjudici del consumidor, un desequilibri important dels drets i les obligacions de les parts.

Clàusules abusives

A efectes pràctics, a partir de la Llei General per a la Defensa dels Consumidors i Usuaris podem enumerar uns exemples de clàusules que està prohibit incloure, per entendre que són abusives, en una llicència de programari que es concedeixi a un usuari consumidor:

a) Clàusules que condicionin el compliment de la llicència a l'exclusiva voluntat del proveïdor:

- Dret del proveïdor a interpretar o modificar unilateralment els termes de la llicència, després que hagi estat acceptada per l'usuari;
- Dret a resoldre lliurement el contracte, sense preavís ni indemnització;
- Exigència d'una indemnització exageradament alta a l'usuari consumidor, en cas que aquest incompleixi alguna obligació.

b) Clàusules que privin el consumidor dels seus drets bàsics:

- Limitar o excloure les garanties que legalment hagi de prestar sobre el programari, i també limitar o excloure de la seva responsabilitat per danys causats per un programari defectuós.
- Forçar l'usuari a renunciar a una còpia escrita de la llicència o negar-se a expedir un rebut pel pagament del preu d'aquesta.

c) Altres clàusules abusives:

- Obligar el consumidor a acceptar clàusules o condicions desconegudes.
- Obligar l'usuari consumidor a adquirir béns o serveis accessoris no sol·licitats.
- Imposar que, en cas de litigi sobre la llicència, siguin competents per resoldre'l Tribunals diferents dels del domicili de l'usuari consumidor, o que la llicència se sotmeti a un Dret Estranger aliè a les parts.

Per tant, pel que fa a les llicències de programari, el proveïdor del programari no podrà imposar a l'usuari consumidor clàusules abusives. Si les inclou en la llicència, seran **clàusules nul·les**, de manera que no podrà exigir a l'usuari que les compleixi.

A més, quan l'usuari consumidor adquireix la llicència d'ús del programari per **Internet (en línia)**, el proveïdor del programari també ha de complir les **obligacions d'informació que li imposa la** Llei 34/2002, d'11 de juliol, de serveis de la societat de la informació i de comerç electrònic (LSSI):

Exemple

- **Abans d'adquirir la llicència**, el proveïdor ha de proporcionar certes dades sobre ell mateix i sobre el procés de contractació, a més del text de les condicions generals.

- **Després d'adquirir la llicència**, el proveïdor ha de confirmar a l'usuari que ha rebut l'acceptació d'aquest.

L'LSSI estableix que abans que l'usuari tingui l'oportunitat d'"acceptar" la llicència, el proveïdor ha de posar a la seva disposició les seves condicions generals, de manera que puguin ser emmagatzemades i ser reproduïdes per l'usuari. A més, quan l'usuari és un consumidor, el proveïdor del programari ha de complir l'obligació de proporcionar informació –abans que l'usuari accepti la llicència– sobre diversos aspectes: els diversos tràmits que cal seguir per a subscriure el contracte de llicència de programari, si el proveïdor arxiva el document electrònic en el qual es formalitzi la llicència i si aquest és accessible, els mitjans tècnics per identificar i corregir errors en la introducció de les dades, i la llengua o llengües en les quals podrà formalitzar-se el contracte.

Després que l'usuari hagi "acceptat", s'entén subscrit el contracte de llicència de programari i el proveïdor ha de confirmar a l'usuari que ha rebut la seva acceptació mitjançant la tramesa d'un justificant de recepció per correu electrònic o un altre mitjà de comunicació electrònica equivalent, en les vint-i-quatre hores següents, o per un mitjà equivalent a l'utilitzat per acordar la concessió de la llicència, tan aviat com l'usuari hagi completat el procés d'acceptació.

Aspectes internacionals

Les obligacions de l'LSSI s'imposen als llicenciants establerts a Espanya, mentre que si estan establerts en un altre Estat de la Unió Europea es discuteix si s'aplica l'LSSI o la llei equivalent en aquest altre estat, que tindrà un contingut molt similar. Si el llicenciant es troba establert fora de la Unió Europea, només s'aplicarà l'LSSI a aquelles llicències que concedeixi a usuaris espanyols, i sempre que la seva pàgina web es dirigeixi específicament o tingui un apartat específic per a Espanya.

4.3.2. L'usuari empresari o professional

Hem de tenir en compte que, encara que les normes protectores del consumidor no s'apliquin quan l'usuari sigui un empresari o professional, això no significa que el proveïdor del programari pugui imposar a aquest usuari, sense més ni més, clàusules especialment injustes o abusives. Ocorre, no obstant això, que l'usuari empresari no té la protecció legal que suposa que certes clàusules es consideren automàticament nul·les perquè així ho disposa la llei (les que figuren en el llistat de clàusules abusives).

Si l'usuari empresari o professional creu que una clàusula de la llicència és abusiva i es nega a respectar-la, haurà de demandar el contracte de llicència davant dels Tribunals. La clàusula podrà ser anul·lada si s'estima que és contrària a la regla general de bona fe que ha de regir en el compliment dels contractes. No obstant això, això dependrà de l'examen de les circumstàncies de cada cas en concret, i serà el jutge qui decideixi si es tracta o no d'una clàusula contrària a la bona fe entre les parts.

Determinades circumstàncies es tindran en compte com a rellevants a l'hora de determinar si una clàusula s'ha d'anul·lar o no –per ser abusiva– quan el llicenciatari sigui un empresari o professional: per exemple, si el llicenciatari és una gran empresa o una de petita, si hi ha hagut un vertader procés de negociació entre les parts o no, si l'usuari-llicenciatari ha acceptat una clàusula desfavorable per als seus interessos a canvi d'una altra previsió favorable (per

exemple, una rebaixa en el preu de la llicència o un dret a modificar el programari, a canvi d'una limitació més alta de responsabilitat per al proveïdor), o simplement el proveïdor la hi ha imposada.

A partir de l'anàlisi d'aquestes circumstàncies es podrà determinar si la clàusula s'ha d'anul·lar o no, per ser contrària a les regles generals de la bona fe en els contractes.

Aspectes internacionals

Aquest criteri de la bona fe se segueix, de manera similar, en altres països. Cal destacar el Regne Unit, en el qual els Tribunals acudeixen a l'anomenat "test de la raonabilitat" (*reasonableness test*) per discernir, analitzant les circumstàncies del cas, sota paràmetres equivalents, si una clàusula de la llicència especialment favorable per al llicenciant és vinculant per a un usuari-llicenciatari professional.

4.4. Posició dels subjectes que intervenen en les llicències de programari lliure

En el cas de les llicències de programari lliure, les posicions tradicionals de proveïdor-llicenciant i usuari-llicenciatari es mantenen: el llicenciant és la persona que distribueix el programa i que té el dret de distribuir-lo (perquè n'és l'autor o, si més no, és titular del dret de distribució), i l'usuari-llicenciatari és qui adquireix el dret d'usar el programari, però també de modificar-lo i redistribuir-lo.

Consideracions generals

Encara que les parts de la llicència són les mateixes, tant per a programari de propietat com per a programari lliure (proveïdor-llicenciant i usuari-llicenciatari), les diferències tan importants sobre els drets que atorguen a l'usuari unes i altres fan que sigui convenient tenir en compte les consideracions següents:

a) Les llicències de programari lliure són el mitjà o instrument legal, no perquè el proveïdor del programari pugui rendibilitzar al màxim els seus drets exclusius d'explotació, sinó per garantir als usuaris les llibertats d'ús, modificació i redistribució. Per tant, l'usuari-llicenciatari també es pot convertir, al seu torn, en proveïdor-llicenciant d'altres usuaris, bé llicenciant el mateix programari que se li ha llicenciat a ell (si gaudeix del dret de sublicència), bé llicenciant un programari derivat de l'original.

b) A més, ni a Espanya ni a altres països és necessari inscriure el programari en el Registre de la Propietat Intel·lectual perquè el seu autor sigui reconegut com tal. En principi, n'hi ha prou que l'autor pugui provar que és el creador d'un programari original (o derivat, amb l'autorització de l'autor del programari original). Això comporta que hi hagi riscos que algú **intenti apropiar-se d'un programari lliure**, que reclami l'exclusivitat en la seva explotació o que el "privatitzi", en contra del que estipula la llicència. Si algú intenta apropiar-se il·legítimament del programari o pretén restringir

les llibertats que tenen els usuaris sobre ell, el vertader autor del programari podrà reaccionar i exercir les accions legals oportunes per impedir aquesta apropiació indeguda.
A diferència del programari de propietat, l'autor no reaccionarà tant per protegir els seus drets patrimonials exclusius, sinó més aviat **per defensar els seus drets morals d'autoria i perquè els usuaris puguin continuar gaudint de les llibertats** (d'ús, modificació i distribució) sobre el programari.

c) D'altra banda, qui pretengui divulgar el seu programari com a lliure **hauria de garantir que aquest programari és veritablement lliure i que no infringeix els drets de cap altre programari** (sigui lliure o propietari). Les llicències de programari lliure acostumen a establir que el programari s'ofereix **sense garanties**, però com hem vist, la garantia de titularitat és inherent i ineludible a la condició de proveïdor del programari: no es pot distribuir un programari a tercers si no es pot garantir que amb això no s'infringeixen drets de tercers.

d) La concessió d'una llicència de programari lliure implica que el seu titular comparteix amb els usuaris els principals drets d'explotació sobre aquest. Això no significa que el programari lliure passi al domini públic ni que el titular renunciï als seus drets. El programari lliure no és un programari sense propietari, sinó que l'autor continua conservant la seva condició d'autor del programari i, en particular, conserva els drets morals sobre ell.

Els drets morals són **irrenunciables** segons la LPI. Als Estats Units o al Regne Unit no es reconeixen drets morals sobre el programari, de manera que les llicències de programari lliure (basades en Dret Anglosaxó) no es refereixen als drets morals, si bé es preocupen també de garantir el respecte al reconeixement i a la reputació de l'autor. Així, les llicències de programari lliure vénen a protegir els drets morals en aquells països en els quals sí que es reconeixen.

Les llicències de programari lliure es basen en el **reconeixement de l'autor** com a mitjà que permet assegurar les llibertats dels usuaris, **impedint que algú intenti apropiar-se del programari lliure**.

En particular, les llicències de programari lliure compleixen els principals postulats dels **drets morals** sobre el programari, reconeguts per la LPI. D'una banda, l'autor pot exigir el reconeixement de la seva condició d'autor del programari i que aparegui el seu nom o pseudònim en distribuir-lo, i de l'altra pot (amb dificultat) impedir qualsevol modificació o alteració que menyscabi la seva reputació.

Autoria en la GNU-GPL i en la Definició de Programari de Fonts Obertes

En el cas de la llicència de programari lliure per antonomàsia, la **Llicència Pública General GNU** de la Free Software Foundation, es respecta el reconeixement de l'autor del programari i, com dèiem, això serveix a més per garantir als usuaris els drets (d'ús, modificació i redistribució) que es concedeixen per mitjà d'aquesta llicència.

En el preàmbul de la GNU-GPL (tant de la versió 3, de 2007, com de les anteriors) es diu expressament que els drets de l'usuari a copiar, distribuir i/o modificar el programari es protegeixen perquè "**posem el programari sota *copyright***".

Per a copiar i distribuir còpies d'un programa, la GNU-GPL assenyala que l'usuari ha de publicar en cada còpia "**de manera adequada i ben visible un anunci de *copyright* adequat**" i "**mantenir intactes els anuncis d'absència de garanties**" (clàusula 4).

Autoria i titularitat en la GNU-GPL

En particular, en l'apèndix de la GNU-GPL ("Com aplicar aquestes condicions als seus programes nous"), es recomana que l'autor **afegeixi al principi de cada fitxer font una línia de *copyright***, de la manera següent:

"<una línia per donar el nom del programa i una breu idea de la seva funció
Copyright © 200? <nombre del autor>"

Així mateix, en cas que un programari lliure es modifiqui, la GNU-GPL (Versió 3) estableix com a regla que els usuaris sàpiguen sempre si el programari és original o modificat:

- En el preàmbul de la GNU-GPL es diu que "en protecció dels usuaris i els autors, la GPL requereix que les versions modificades s'identifiquin com a canviades, perquè els seus problemes no s'atribueixin erròniament als autors de versions anteriors".
- La Clàusula Quarta de la GNU-GPL exigeix l'usuari que distribueixi còpies del programari que acompanyi a cada còpia d'un anunci de *copyright* adequat i ben visible, així com que mantingui intactes els anuncis d'absència de garanties.
- La Clàusula Cinquena, per la distribució d'un programari lliure modificat, exigeix a l'usuari mantenir l'anunci de *copyright* adequat i, a més, anunciar clarament que ha estat modificat, indicant la data del canvi.
- Finalment, la Clàusula Setena obre la possibilitat al fet que els autors que afegeixen el seu material a un programa lliure puguin exigir que es mantinguin anuncis addicionals d'autoria pel que fa al seu material o prohibir expressament que es tergiversi l'origen d'aquest material.

Quant als criteris de "The Open Source Definition" basats en les "**Directrius Debian sobre Programari Lliure**", "The Debian free software guidelines", també parteixen de la base que el programari lliure s'ha de posar a disposició dels usuaris mitjançant llicències en les quals s'identifiqui i es reconegui l'autor del programari:

- La Directriu 4 permet a l'autor exigir als usuaris que no distribueixin el codi font modificat directament, sinó que ho facin acompanyant els arxius font originals amb "arxius pedaç" separats.

- Així mateix, l'autor original pot exigir que les obres derivades tinguin un nom o un nombre de versió diferent del del programari original.

Aquestes "restriccions" a la distribució dels programes derivats estan previstes així mateix per a **protegir la reputació de l'autor original** del programari davant de possibles problemes en la qualitat i el funcionament del programari que puguin sorgir arran d'una modificació efectuada per un usuari (en principi, les garanties estan excloses llevat que la llei del país aplicable a la llicència exigeixi que el llicenciant les presti).

5. Elements objectius en les llicències de programari

Per *elements objectius* ens referim a aquells aspectes de la llicència d'ús relatius al **seu objecte**: el programari i els drets que sobre ell es concedeixen.

Forma part essencial dels elements objectius el **contingut del dret d'ús**: quins drets concedeix el proveïdor a l'usuari sobre el programari i amb quins límits. No obstant això, deixarem per a les unitats posteriors la descripció i l'anàlisi en profunditat **dels drets i les obligacions de les parts sobre el programari**. Com veurem en aquests mòduls, els drets i les obligacions de les parts sobre el programari variaran substancialment en funció de si la llicència és de programari de propietat o de programari lliure.

En aquest apartat ens centrarem en altres elements objectius, diferents pròpiament dels drets i obligacions de les parts pel que fa al programari, però que tenen un particular importància en la llicència d'ús: el **termini** i el **preu** de la llicència.

5.1. Termini

Les llicències de programari solen establir la durada en el temps de la llicència, és a dir, el seu termini de vigència. En principi, llevat que alguna de les parts incompleixi les obligacions que estableix el contracte de llicència d'ús, aquest ha de romandre en vigor durant el temps estipulat.

> Així, tenim les llicències que es concedeixen per un termini determinat de temps, les que es concedeixen per temps indefinit i aquelles en les quals no s'estipula res sobre el termini.

a) Llicències per un termini determinat

En aquest cas, s'estableix un temps concret durant el qual es pot utilitzar el programari (pel termini de *x* mesos o *x* anys, etc.). En arribar el final del termini, si el contracte de llicència no diu cap altra cosa, la llicència de programari "caducarà", fet pel qual l'usuari haurà de deixar d'utilitzar el programari.

No obstant això, aquest fet no impedeix que les parts acordin subscriure posteriorment un nou contracte de llicència d'ús sobre el mateix programari. Fins i tot és molt possible que el contracte de llicència mateix prevegi que, en com-

plir-se el termini de vigència, la llicència s'entengui prorrogada tàcitament per un nou termini, i així successivament, fins que alguna de les parts anunciï amb antelació la seva voluntat de no prorrogar-la més.

Les llicències que es concedeixen per temps determinat són pròpies del programari d'aplicacions més especialitzat i complex, dirigit a empreses normalment lligades a un contracte accessori, com el de consultoria o manteniment. En aquests casos, com a preu, l'usuari sol abonar al proveïdor una quota periòdica.

Demos

En el cas del programari de demostració o avaluació (els coneguts com *demos*), la llicència també s'estableix per un temps determinat. En aquest cas, la fixació d'un termini determinat (curt i sense possibilitat de renovació) és essencial per a complir la finalitat que persegueix la distribució d'aquest programari: que l'usuari conegui durant un curt període de temps les seves prestacions i que en finalitzar el termini decideixi adquirir o no la versió completa del programa.

b) Llicències per temps indefinit

En aquest cas, al contracte de llicència de programari **s'especifica expressament** que la llicència es concedeix de manera indefinida, sense subjecció a un termini concret. L'usuari pot anar utilitzant el programari mentre compleixi els termes i les condicions de la llicència.

No obstant això, en alguns contractes de llicències de programari per temps indefinit, es preveuen clàusules que faculten una o les dues parts per posar fi a la llicència quan vulguin, avisant o no amb certa antelació (termini de preavís).

Les llicències per temps indeterminat o indefinit són més pròpies del programari comercialitzat en massa, especialment a consumidors, en el qual l'usuari paga d'un sol cop el preu de la llicència.

c) Falta d'un termini exprés en la llicència

Quan un contracte de llicència de programari no diu res sobre el seu termini de durada (ni si es concedeix per un temps determinat o de manera indefinida), no podem deduir sense més ni més que la llicència s'ha concedit per termini indefinit.

Al contrari, hauríem d'entendre que la llicència es limita a un termini de **cinc anys**, per aplicació de l'article 43.2 de la LPI.

L'article 43.2 de la LPI estableix expressament que "la falta de menció del temps limita la transmissió [cessió exclusiva o no exclusiva d'un dret d'explotació] a cinc anys".

Com que el programari està sotmès per la seva pròpia naturalesa a una ràpida obsolescència (es queda antiquat amb certa rapidesa, apareixen noves actualitzacions de programari, etc.), el termini de cinc anys és suficientment llarg perquè l'usuari el pugui utilitzar i beneficiar-se de les aplicacions del programari, per la qual cosa aplicar aquesta norma no donarà lloc a problemes pràctics.

d) El termini en les llicències de programari lliure

Abans que res, convé ressaltar que les **llicències de programari lliure** es concedeixen, i s'han de concedir, per **temps indefinit**.

Molts dels models de llicència de programari lliure emblemàtics (la GNU-GPL en la seva versió 2, del 1989; la Mozilla Public License 1.1, etc.) no han establert res concret sobre el termini de les llicències. Tanmateix, sembla clar que l'esperit de les llicències de programari lliure rau en garantir als usuaris llibertats sobre el programari, com les d'ús, modificació o distribució, sense més restriccions que les necessàries per assegurar aquestes llibertats.

Establir un període de durada limitat en una llicència de programari lliure suposaria afegir una restricció als drets de l'usuari (en aquest cas, una restricció temporal), el que aniria en contra de la pròpia essència de la llicència del programari lliure: no limitar l'ús del programari a l'usuari, sinó garantir-li les llibertats sobre el seu ús.

Així doncs, és comunament acceptat que les **llicències de programari lliure perduren en el temps mentre l'usuari en respecti les condicions**. Alguns consideren que a l'anomenada *llibertat 0* del programari lliure, consistent en la "llibertat d'usar el programa, amb qualsevol propòsit", se li hauria d'afegir la menció "**... i per sempre**".

Hem indicat anteriorment que en el cas de les llicències que no diuen res sobre la seva durada, com a mínim a Espanya s'hauria d'entendre, en principi, que tenen una durada de cinc anys. Tanmateix, l'esperit i la finalitat de la llicència de programari lliure no és tant protegir els drets del proveïdor sinó les llibertats dels usuaris, per la qual cosa limitar la seva vigència a cinc anys podria anar contra la intenció de les parts i la finalitat de la llicència.

Hem d'entendre que les llicències de programari lliure es concedeixen per **temps indefinit**, encara que això no es digui expressament en el text de la llicència.

En aquest sentit, fins a l'aparició de la Versió 3 de la GNU-GPL, la Free Software Foundation ja exigia (en la seva definició i filosofia del programari lliure) que les llibertats concedides als usuaris mitjançant la GNU-GPL fossin **ir-**

revocables mentre no fessin res incorrecte (www.gnu.org/philosophy/free-sw.es.html), la qual cosa confirmava que la llicència de programari lliure s'havia de concedir de manera indefinida.

Ara, la recent Versió 3 de la GNU-GPL (2007), com també l'OSL 3.0 i altres llicències modernes, en corregeixen la llacuna que hi havia en la versió anterior; per exemple, en la Clàusula 2 de la GPLv3 assenyala que els drets que s'atorguin sota aquesta llicència s'entendran concedits "pel termini de vigència del dret d'autor sobre el programa" i que són "irrevocables mentre l'usuari compleixi les condicions".

De la mateixa manera, altres llicències, com l'Apache 2.0, indiquen expressament que es concedeixen amb caràcter "perpetu" i "irrevocable" (clàusules 2 i 3).

5.2. Preu

Un altre element essencial en una llicència de programari (almenys en bona part de les llicències propietàries) és fixar el preu, la quantitat de diners que l'usuari ha d'abonar al proveïdor per la concessió de la llicència.

a) Modalitats de pagament

Quant a les modalitats de pagament, poden consistir en que:

- El preu es pagui **d'un sol cop** (quantitat a tant alçat): en adquirir la llicència, l'usuari paga per complet el preu d'aquesta. És típic de les llicències de programari comercialitzat en massa.

- Es pagui mitjançant un **cànon o quota periòdica**: l'usuari abona periòdicament (cada mes, cada any, etc.) una quota al proveïdor. Això és típic de les llicències de programari d'aplicacions més especialitzat i complex, dirigit a empreses, llicències establertes per temps determinat i vinculades habitualment amb contracte accessori de consultoria o manteniment, fet pel qual l'usuari també abona una quota.

Quan la llicència es pot prolongar en el temps, és freqüent pactar una clàusula de **revisió** o **actualització** de la quota que ha d'abonar l'usuari. No és vàlid pactar que la revisió de la quota quedi a la lliure voluntat del proveïdor, sinó que cal fer-la o bé de mutu acord entre les parts, o bé tenint com referència un índex o paràmetre objectiu, com pot ser l'"índex de preus al consum" (IPC).

- També és possible que la llicència es concedeixi **gratuïtament**, sense que l'usuari hagi d'abonar res per utilitzar el programari.

Cal recordar que no hem d'identificar automàticament *programari de propietat* o "no-lliure" amb *programari de pagament*, ni *programari lliure* amb *programari gratuït*. En el món anglosaxó (els Estats Units, el Regne Unit, etc.) sí qué s'ha donat aquesta confusió, perquè la paraula anglesa *free* significa 'lliure' però també pot significar 'gratuït'. Un programari es qualifica com a *de propietat* perquè el proveïdor no permet a l'usuari modificar-lo o redistribuir-lo, amb independència que concedeixi la llicència gratuïtament o mitjançant un pagament. Una altra cosa diferent és que el programari de propietat correspongui al model tradicional d'explotació econòmica del programari, basat en la remuneració que obté el proveïdor per la distribució de còpies.

Exemples de distribució gratuïta

Tots coneixem molts programes que es distribueixen gratuïtament sent programari de propietat: per exemple, el Microsoft® Internet Explorer, els Messenger, el programari *demos*, el *shareware* o els controladors (*drivers*) que permeten instal·lar un element maquinari (en aquest últim cas, podem entendre que el programari és accessori al maquinari, fet pel qual la llicència és gratuïta o s'inclou en el preu pagat per l'element maquinari del qual es tracti).

b) El preu en el programari lliure

Pel que fa al **programari lliure**, sabem que el terme *lliure* no significa que el proveïdor del programari llicencia el programi gratuïtament, sinó que el llicencia permetent als usuaris utilitzar-lo lliurement, modificar-lo i distribuir-lo. En el cas de la llicència GNU-GPL, el proveïdor pot optar per distribuir el programari gratuïtament o a canvi d'una contraprestació (paràgraf 5é del Preàmbul i Clàusula 4, de la Versió 3); també pot exigir una remuneració econòmica per prestar determinades garanties sobre el programari, llevat que estigui obligat per llei a prestar aquestes mateixes garanties.

No obstant això, tot i que el proveïdor de programari lliure tingui dret a demanar una contraprestació econòmica, el més freqüent és que distribueixi el programari gratuïtament o que el preu que sol·liciti sigui **mínim (es parla de preu "residual")**, només per rescabalar-se de certes despeses, com la de la realització de la còpia, el seu lliurament en un suport físic, etc.

En cas que es persegueixi un benefici econòmic amb el programari lliure (fet que no sempre ocorre), el proveïdor no l'ha d'obtenir tant per cobrar un preu per la distribució de còpies, sinó més aviat per la prestació de serveis sobre el programari, com ara actualitzacions, consultoria o manteniment.

De fet, sí que hi ha models de negoci alternatius a la comercialització de còpies de programari basats en programari lliure. I hi ha al mercat solucions basades en programari lliure que, integrades per la llicència d'ús sobre el programari juntament amb serveis de consultoria i/o manteniment, tenen un preu elevat (vegeu com a cas emblemàtic, "Red Hat" i també molts altres).

Reflexió

Que el proveïdor de programari lliure no pot basar el seu benefici econòmic en el preu de la còpia sembla evident: si permet als usuaris distribuir lliurement el programari, el proveïdor perd el control exclusiu sobre la còpia. No té sentit cobrar un preu molt alt per la còpia, quan els usuaris podran anar distribuint, al seu torn, totes les còpies que vulguin.

Altres llicències de programari lliure, com l'Apache 2.0, declaren expressament que la llicència es concedeix de manera gratuïta: les seves clàusules 2 i 3 indiquen que la llicència es concedeix *royalty-free*.

6. Acceptació de les llicències de programari. Llicències *shrink-wrap* i *click-wrap*

Hem vist que les clàusules de les llicències de programari no es negocien ni es pacten per les parts (proveïdor i usuari) d'igual a igual. Al contrari, els termes i les condicions de la llicència són fixats de manera prèvia i exclusivament pel proveïdor (condicions generals), i tots aquells que vulguin utilitzar el programari les han d'acceptar. Si rebutgen les condicions que ofereix el proveïdor, no podran adquirir la llicència.

L'"acceptació" de l'usuari és un acte o manifestació essencial en les llicències de programari. Amb **l'acceptació** dels seus termes i condicions, la persona en qüestió adquireix el dret d'usar el programari i es converteix en **usuari legítim**.

Els termes i condicions de la llicència, imposats pel proveïdor i acceptats per l'usuari, passen a ser un **contracte vinculant entre les parts**, en el qual proveïdor i usuari tenen uns drets i obligacions davant l'altre i amb relació al programari objecte de la llicència.

A Espanya i en la resta de països que es regeixen per un sistema de "dret continental", sempre és necessari que hi hagi acceptació per l'usuari. La llicència d'ús únicament es pot entendre com un contracte consensuat entre les dues parts (proveïdor-llicenciant i usuari-llicenciatari).

Llicència unilateral en Dret anglosaxó

Aquesta consisteix en una **declaració unilateral** del llicenciant, en virtut de la qual autoritza l'ús del programari a aquells que compleixin i respectin certes condicions i límits. Aquesta llicència no requereix l'acceptació expressa del llicenciatari, si bé solament pot **regular exclusivament els termes i les condicions de dret d'ús del programari**, sense entrar en altres aspectes que podrien regular la relació entre el llicenciant i el llicenciatari (pactes accessoris de confidencialitat, regles que caldria seguir en cas de conflicte, etc.).

El procés i la forma de l'acceptació de les llicències de programari presenten determinades particularitats amb relació a altres contractes.

6.1. Llicències *shrink-wrap* i *click-wrap*; discussió sobre la seva validesa

En la pràctica ocorre que hi ha molts casos en els quals no queda clar quan es produeix l'acceptació de la llicència de programari per l'usuari, i si el que el proveïdor considera de vegades "acceptació" és realment una acceptació vàlida i legal.

Les llicències de programari (llevat d'aquelles de programari més complex, destinat a empreses) no se solen plasmar en un contracte "tradicional" en paper, signat per les parts. Al contrari, el programari comercialitzat en massa es distribueix bé a través de per Internet, bé comercialitzant les còpies (CD-ROM, DVD) en establiments comercials, però diferint l'acceptació de la llicència a un moment posterior a la "compra" del suport.

Acceptació

En molts altres contractes, el moment i la manera en què es produeix l'acceptació es reconeix fàcilment. Així, en un contracte que es redacta per escrit, l'acceptació ve donada en signar ambdues parts (usuari i proveïdor) els fulls del contracte. D'altra banda, quan algú compra un article de consum en una botiga, tampoc no signa cap contracte, sinó que l'acceptació es deriva d'unes accions que manifesten de manera inequívoca la seva acceptació de la compra: emportar-se l'article del taulell i pagar-ne el preu indicat en l'etiqueta.

El proveïdor és qui concedeix les llicències sobre el programari, però és evident que no es pot reunir amb cada usuari d'una còpia per obtenir la seva acceptació ni ensenyar-li personalment les condicions de la llicència abans que aquest hagi comprat la còpia.

És per això que els proveïdors de programari solen considerar que determinades accions de l'usuari suposen l'acceptació dels termes de la llicència per part d'aquest.

Aquestes accions serien les següents:

a) La ruptura del precinte del paquet o la caixa en la qual vénen els CD-ROM o DVD amb el programari. Es tracta de la llicència denominada ***shrink-wrap.***

b) Quan un programari es distribueix a través de Internet, l'usuari executa un procés d'instal·lació que inclou el pas d'acceptar la llicència precisament en descarregar i instal·lar el programari, generalment al principi del procés. Apareix una casella amb el text "acceptar", "sí" o "accepto les condicions de la llicència" sobre la qual l'usuari ha de fer clic per seguir endavant amb la instal·lació. Al principi d'aquest pas, s'obre un arxiu de text amb les condicions de la llicència. Es tracta de la llicència denominada ***click-wrap.***

c) El simple fet d'instal·lar o executar el programari per primer cop, sense necessitat que l'usuari manifesti expressament que accepta la llicència.

A Espanya, com en altres països, **s'ha discutit sobre la legalitat o no** d'aquestes fórmules d'acceptació. Com a regla general, podem dir que a Espanya és vàlida l'acceptació de unes llicències *shrink-wrap* o *click-wrap* sempre que es compleixin determinats requisits legals. Aquests requisits tracten d'evitar que el proveïdor intenti imposar a l'usuari unes clàusules que aquest no hagi tingut ni tan sols l'oportunitat de conèixer.

La simple ruptura del precinte, iniciar la instal·lació o fer clic sobre la casella "acceptar" únicament es poden considerar una acceptació real i vàlida **quan l'usuari hagi pogut conèixer abans els termes de la llicència**. Així doncs, les llicències *click-wrap* i, (sobretot), les llicències *shrink-wrap*, tal com les coneixem tradicionalment, només són vàlides en la mesura que assegurin que l'usuari ha tingut l'oportunitat efectiva de conèixer i acceptar lliurement les condicions de la llicència.

La conseqüència d'això és que, en cas d'incompliment d'una clàusula de la llicència per part de l'usuari, el proveïdor només podrà exigir el seu compliment a l'usuari (o exercitar qualsevol acció legal derivada d'aquest incompliment, com a la resolució de la llicència, la reclamació per danys i perjudicis, etc.) si prova que l'usuari **va acceptar veritablement aquesta condició o va tenir l'oportunitat de conèixer-la abans d'acceptar-la**. Amb aquesta exigència que consti una vertadera acceptació de l'usuari, s'evita que el proveïdor pugui actuar de manera abusiva contra l'usuari.

Tanmateix, i al contrari, això pot donar lloc a greus conseqüències per al proveïdor del programari: l'usuari podrà negar estar vinculat per algunes clàusules, al·legant que no les coneix ni les ha acceptades. Per exemple, l'usuari podria sostenir que no està vinculat per una limitació de garantia o responsabilitat (que sigui lícita, sempre que s'hagi acceptat) i que a la llicència se li ha d'aplicar una garantia sense més límits que els previstos supletòriament per la llei d'aplicació.

Per superar els problemes de validesa que presenten les llicències *click-wrap* i *shrink-wrap*, els proveïdors del programari han procurat seguir les fórmules d'acceptació següents:

a) En les **llicències *click-wrap***, asseguren que abans de la descàrrega o la instal·lació del programa s'adverteix a l'usuari que l'ús del programa **està subjecte a llicència**; a més, també abans de la descàrrega o la instal·lació, es proporciona a l'usuari el text de la llicència (assegurant-se que l'usuari pot llegir-lo abans de continuar amb el procés, per exemple mitjançant l'obertura automàtica de l'arxiu de text amb la llicència). Per poder continuar amb aquesta instal·lació i execució, s'exigeix a l'usuari que faci clic a la casella "sí" o "acceptar", **advertint-li expressament que en fer-ho s'accepta la llicència**.

De manera semblant, de vegades es fa marcar a l'usuari una casella en blanc al costat de la qual hi ha una frase de l'estil: "Sí, accepto els termes i les condicions de la llicència". Un cop marcada, se li fa fer clic sobre una altra casella (amb les paraules *seguir*, *instal·lar*, *finalitzar*, etc.) per dur a terme l'execució o la instal·lació.

Així, la llicència *click-wrap* sí que constituiria una fórmula d'acceptació vàlida.

b) En **llicències *shrink-wrap***, s'adverteix a l'usuari en l'exterior del paquet dels CD, de manera clara, que l'ús del programa està subjecte a l'acceptació de la llicència (que es troba en l'interior del paquet). Se li adverteix, a més, que si no accepta les condicions de la llicència, ha de tornar la còpia i se li reintegraran els diners pagats.

Per tant, així l'acceptació no solament es deriva de l'obertura del paquet, sinó en utilitzar el programari i sabent l'usuari que aquesta utilització estava subjecta a acceptar la llicència. Amb això, el proveïdor pretén deixar clar que si l'usuari utilitza el programari és perquè accepta la llicència, la qual ha pogut conèixer abans d'utilitzar-lo per primer cop.

Experiència pràctica

Aquesta fórmula és la que empra Microsoft en els seus programes d'entorn Microsoft Office®. A la part exterior del paquet insereix l'advertiment següent:

"Per poder utilitzar aquest producte, vostè ha d'acceptar els termes del contracte de llicència adjunt. Si no accepta els termes de la llicència, haurà de tornar el producte com més aviat millor perquè se li'n reintegri l'import."

c) Procés de **registre d'usuari**. Tant en llicències *shrink-wrap* com les *click-wrap*, els proveïdors intenten aconseguir una acceptació vàlida (i prova d'ella) a partir de l'exigència o la sol·licitud que l'usuari s'inscrigui davant del proveïdor-llicenciant com a "**usuari registrat**".

El procés de registre es pot dur a terme en línia (llicències *click-wrap*) o sol·licitant a l'usuari que enviï un formulari emplenat amb les seves dades personals a l'adreça del proveïdor. De vegades, a l'usuari se li adverteix que, si no completa aquest procés de registre, el proveïdor podrà reclamar-li que deixi d'utilitzar el programa.

El procés de registre pot donar lloc a una acceptació vàlida per l'usuari. Ara bé, la seva efectivitat depèn molts cops de la bona fe de l'usuari: es donen sempre les dades personals correctes? Com es pot conèixer la identitat de qui ha descarregat o ha adquirit una còpia del programari sense registrar-se?

6.2. Acceptació de les llicències de programari lliure: la GNU-GPL

Fem referència a les llicències de programari lliure, i en especial a la GNU-GPL, que preveu que per la mera modificació o redistribució del programari l'usuari està acceptant la llicència. En concret, la GNU-GPL (Versió 3) estableix determinades normes per a la seva acceptació en la Clàusula 9. En concret, aquesta clàusula:

- Assenyala que l'usuari pot rebre una còpia del programari i utilitzar-lo sense que calgui que accepti la llicència (llicència unilateral).

- Sí que obliga l'usuari a acceptar la llicència per modificar o distribuir el programari (l'original o un derivat). Només exonera de l'obligació d'acceptar la llicència quan la distribució consisteix en una transmissió produïda pel simple fet d'emprar una eina *peer-to-peer* per rebre una còpia.

- En qualsevol cas, si l'usuari accepta expressament la llicència però igualment modifica o distribueix el programari, entén llavors que accepta la GNU-GPL i tots els seus termes i condicions (acceptació implícita).

Segons hem vist anteriorment, aquests postulats de la GNU-GPL poden entrar en conflicte amb el Dret Espanyol, i també amb la legislació d'altres països de "Dret Continental". En primer lloc, resulta discutible que l'usuari pugui utilitzar un programari distribuït –amb la GNU-GPL– sense que hagi acceptat la llicència. També resulta controvertit que per la simple acció de modificar o distribuir el programari s'hagi d'entendre que l'usuari ha acceptat expressament totes i cadascuna de les condicions de la llicència.

Entenem que en Dret Espanyol (i en la resta de països que es regeixen pel sistema del Dret Continental) s'exigeix que l'usuari hagi tingut l'oportunitat de conèixer les condicions de la GNU-GPL abans d'acceptar-les, i que les accepti realment.

La pròpia GNU-GPL estableix, en les seves Clàusules 4 i 5, que aquell que distribueixi el programari ha de proporcionar al receptor una còpia de la llicència juntament amb el programa. Així doncs, el que hauria de fer qui distribueixi el programari subjecte a la GNU-GPL és **advertir expressament el receptor que llegeixi (o que pugui llegir) la GNU-GPL i que després l'accepti**.

Fins i tot, el proveïdor del programari hauria de procurar obtenir de l'usuari una **manifestació expressa d'acceptació** de la llicència GNU-GPL, encara que aquesta acceptació l'obtingui en línia (sempre que s'asseguri que l'usuari, abans de fer clic en "acceptar" ha pogut llegir la GNU-GPL). I si la GNU-GPL disposa que la modificació o redistribució del programa es consideraran com a acceptació de les seves clàusules per part l'usuari, aquest hauria d'estar prèviament advertit que modificar o distribuir el programa implica l'acceptació de la llicència. Amb aquest fi els encapçalaments dels fitxers font solen (i han de) portar l'avís d'autoria i la menció de la llicència, i distribuir-se amb una còpia d'aquesta.

De qualsevol manera, aquest possible problema legal de validesa de la fórmula d'acceptació prevista per la GNU-GPL o altres llicències de programari lliure no té excessiva importància en la pràctica. Les llicències d'ús per a programari lliure se centren en concedir llibertats als usuaris i en assegurar que aquests les respecten; no en preservar drets exclusius de l'autor o en limitar les llibertats de l'usuari. Per tant, aquí no ens trobarem amb possibles abusos del proveïdor

sobre l'usuari, sinó que els possibles conflictes podrien estar en un usuari que pretengués distribuir el programari com a no-lliure, es negués a facilitar el codi font, intentés apropiar-se del programari, negués el coneixer l'existència de les clàusules (*disclaimers*) d'excempció de garanties i responsabilitats, etc.

Fora d'això, com que la GNU-GPL no recull restriccions al lliure ús del programa (sigui quin sigui el nombre d'equips maquinari en el qual l'instal·li l'usuari per a qualsevol finalitat, sigui comercial, domèstic, docent, etc.), en la pràctica tampoc no té massa transcendència que l'usuari –que es limiti a usar el programari, sense modificar-lo o redistribuir-lo–, hagi acceptat la llicència o no. I com hem indicat prèviament, és contraproduent per a un usuari argumentar que no ha acceptat la llicència, ja que es quedarà sense drets d'ús, modificació, distribució, etc.: recordem que les diferents legislacions sobre drets d'autor, com la LPI espanyola, no concedeixen cap dret sobre el programari, llevat que es tingui autorització de l'autor o el titular dels drets d'explotació.

7. Conclusions

En aquest mòdul, hem realitzat una primera aproximació general a les llicències de programari tant de programari de propietat com de programari lliure, i hem analitzat diversos punts d'importància. Així, de l'estudi d'aquesta unitat podem extreure les conclusions següents:

a) Les llicències d'ús són un contracte, subscrit entre dues parts, i constitueixen l'instrument legal habitual pel qual el titular d'un programari concedeix a altres persones –els usuaris– el dret d'utilitzar-lo. En les llicències s'estipulen, a més, limitacions i prohibicions que l'usuari ha de respectar (sobretot, en el programari de propietat), o en el seu cas, la concessió a l'usuari d'altres drets, com la modificació i la redistribució (sobretot, en cas de programari lliure).

b) Les llicències d'ús "estàndards" (com les llicències lliures) s'utilitzen com a instrument legal per a la distribució de programari "estàndard", fet que suposa que gran part de les seves clàusules consisteixin en condicions generals que el llicenciant imposa a tots els usuaris.

c) Les llicències d'ús es revelen com un instrument legal adequat tant per a la distribució de programari de propietat com per a la distribució de programari lliure, per tal com compleixen la funció jurídica i econòmica que es persegueix en ambdós casos: protegir els drets del llicenciant i afavorir els seus interessos (llicències "de propietat") o, en l'altre extrem, assegurar les llibertats dels usuaris i impedir que algú s'apropiï en exclusiva el programari (llicències "lliures").

d) Les llicències d'ús es qualifiquen com un contracte *sui generis* i atípic, de manera que no hi ha una llei que el reguli per complet ni se li apliquen de manera automàtica i en tots els casos les lleis que sí que regulen contractes tradicionals (compravenda, arrendament, préstec, donació, prestació de serveis, etc.). No obstant això, les circumstàncies concretes de cada cas determinaran la possible aplicació, per analogia, de les lleis que regulen uns o altres dels esmentats contractes tradicionals.

e) Les llicències d'ús es troben subjectes no solament al que disposa la Llei de Propietat Intel·lectual, sinó també a certes normes en seu de Dret Contractual que tracten de protegir la posició de la part més dèbil a certs contractes: normes protectores dels consumidors, dels que s'adhereixen a condicions generals o dels que contracten per Internet (per exemple, en llicències *click-wrap*).

f) El proveïdor-llicenciant ha d'estar legalment habilitat per a concedir una llicència d'ús i tenir els drets suficients sobre el programari "la garantia de titularitat": les llicències s'atorguen bé per l'autor o els autors originals, bé pel titular derivat dels drets d'explotació del programari, o bé per algú que té –com a mínim– el dret de distribuir el programari.

g) L'usuari-llicenciatari és qui adquireix drets sobre el programari mitjançant una llicència, com a mínim el dret d'ús. Si es tracta d'un consumidor, hi ha certes lleis que el protegeixen davant de clàusules de la llicència que poguessin ser massa oneroses per a ell i favorables per al llicenciant (clàusules abusives).

h) Les llicències lliures es basen en el reconeixement de l'autor com a mitjà per assegurar les llibertats dels usuaris i impedir que algú intenti apropiar-se del programari lliure. És típic de les llicències lliures obligar l'usuari que distribueix un programari derivat a mantenir i inserir anuncis de *copyright*.

i) Les llicències *shrink-wrap* i *click-wrap* poden presentar problemes de validesa legal tot i que són utilitzades àmpliament. Aquests problemes de validesa se superen configurant el procés d'acceptació de la llicència de manera que s'asseguri a l'usuari l'oportunitat de conèixer-ne els termes amb caràcter previ a la seva acció, que es considerarà acceptació.