

# El status negocial de los programas de ordenador: contratos sobre software

JAVIER RAMÍREZ IGLESIAS

*Abogado*

## 1.- INTRODUCCION

A finales de los años setenta nació el concepto de las Tecnologías de la Información, para referirse a las nuevas tecnologías de la informática y las telecomunicaciones, que alcanzan su apogeo en la década de los ochenta y propician el nacimiento de nuevas disciplinas jurídicas.

Aparece así el Derecho Informático y el Derecho de las Telecomunicaciones, reguladores de realidades en continua y rápida evolución que comparten un mismo soporte físico (la microelectrónica) y lógico o de control (el *software*)<sup>1</sup>, y que tratan de observar las implicaciones jurídicas surgidas a raíz de estas nuevas tecnologías.

Ante la novedad que suponen estas disciplinas jurídicas, es difícil exponer de un modo estructurado todas y cada una de las materias que deberían ser tratadas por las mismas. Sin ánimo exhaustivo, podemos decir que el Derecho Informático debería tener en cuenta, entre otras cuestiones, las siguientes: (1) La contratación de bienes y servicios informáticos; (2) La contratación por medios informáticos; (3) La protección jurídica del *software*; (4) La protección jurídica de los datos; (5) La protección jurídica de las bases de datos; (6) La protección jurídica de las topografías de productos semiconductores; (7) Los delitos informáti-

■ 1 La informática y las telecomunicaciones tienen su punto de confluencia en la telemática, en cuanto conjunto de conocimientos científicos y técnicos que permiten la comunicación a distancia entre ordenadores. En la telemática, las telecomunicaciones jugarían el papel de permitir la transferencia de ficheros entre los ordenadores y facilitarían las líneas de acceso a las bases de datos, y la informática desarrollaría las aplicaciones necesarias para la realización de dichos intercambios de información.

cos; (8) La responsabilidad civil en materia informática; (9) El documento electrónico; (10) La incidencia de la Informática en el proceso administrativo y el proceso judicial; y, (11) El Derecho de la Competencia aplicado a la comercialización de bienes y servicios informáticos.

A la vista de la enumeración anterior, podemos comprobar que han surgido nuevas problemáticas jurídicas, originadas de las interconexiones que se producen entre la Informática y el Derecho, y que, salvo alguna honrosa excepción<sup>2</sup>, se encuentran pendientes de tratamiento doctrinal en España. Uno de los campos pendientes de estudio jurídico es el referido a la contratación de bienes informáticos en general y del *software* en particular; a este último tema vamos a dedicar el presente trabajo.

El *software* es susceptible de multitud de negocios jurídicos, tanto desde el mismo momento de su creación (contratos de desarrollo de *software*, contratos de arrendamiento de servicios de consultoría, contratos laborales de analistas y programadores, etc.), como en su comercialización (contratos de distribución, etc.), en su entrega al usuario final (contratos de licencia de uso, contratos de soporte, contratos de implantación de sistemas, etc.) o en etapas coetáneas o posteriores a las ya mencionadas (contratos de *escrow*, contratos de migración del *software*, etc.).

El objetivo de este trabajo es ofrecer a los lectores no iniciados en contratos de *software*, un conocimiento de los mismos, facilitando ideas y conceptos claros sobre este tipo de contratos. No obstante, la pretendida claridad de ideas y conceptos puede verse empañada, en ocasiones, por dos situaciones.

En primer lugar, debemos mencionar que el derecho de obligaciones constituye una de las formas de protección<sup>3</sup> del *software*, y se presenta como un plus al régimen de protección legal, articulado en España principalmente por medio de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, y la Ley 16/1993, de 23 de diciembre, de incorporación al Derecho español de la Directiva 91/250/CEE, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador.

■ 2 Entre estas excepciones se encuentra la obra *Derecho Informático*, de M.A. Davara Rodríguez (Editorial Aranzadi, 1993).

■ 3 El *software* es susceptible de protección por diversos medios jurídicos: el régimen jurídico de los derechos de autor (que es el sistema de protección utilizado en la Unión Europea y en los principales estados socios comerciales de ésta), las relaciones contractuales (que son objeto de tratamiento en este trabajo), las patentes (que quedan limitadas en España a la protección del *software* que forma parte de una invención susceptible de ser patentada), las normas sobre competencia desleal y marcas (en especial por lo que se refiere a utilización de secretos y denominaciones comerciales), la legislación penal (principalmente por medio del secreto industrial y de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial) y la normativa laboral (en particular en lo relativo al deber de buena fe y de secreto por parte del trabajador). Además de estos medios jurídicos, existen otras alternativas de protección del *software*: los medios físicos, tales como la introducción de claves de entrada con el número de usuario o sistemas de anticopiaje del *software* con destrucción del programa al realizarse determinado número de copias.

Al analizar cada uno de los contratos sobre *software*, habremos de referirnos constantemente a la normativa reguladora de los programas de ordenador y a otras disposiciones que pueden incidir en el contrato que se esté analizando. Esta normativa determina quién tiene la consideración de creador de un programa de *software*, cuáles son sus derechos, qué contenido tienen esos derechos, cómo puede disponer de los mismos, etc. Todas estas disposiciones constituyen el régimen jurídico del *software* en España, y contiene normas que en muchos casos tienen el carácter de derecho necesario, inderogable por la autonomía de la voluntad de las partes contratantes.

Así, podemos decir que la contratación sobre *software* tiene una peculiaridad<sup>4</sup> sobre otros contratos: la autonomía de la voluntad está *a priori* bastante limitada, ya que las partes, en su actuación negocial, deberán respetar los derechos que esta normativa sobre programas de ordenador concede, bien a terceros, bien a las propias partes; de este modo, por ejemplo, no sería válida la cláusula contractual que atribuyera la condición de autor de un programa de ordenador a persona distinta de aquella a quien se la atribuye la Ley.

En otros casos, las normas relativas al *software* tienen carácter supletorio, a falta de la voluntad de las partes, por lo que éstas, en la fase negociadora del contrato, han de tener en cuenta la posibilidad de modificar aquellas disposiciones que la Ley contiene con carácter dispositivo, de modo que adecuen su relación negocial a la situación particular de los sujetos contratantes.

Al objeto de que el lector conozca cómo mejorar su posición como contratante de *software*, hemos optado por aludir constantemente al régimen legal de protección del *software*, que si bien no es objeto de una exposición detallada en este trabajo, sí que debía ineludiblemente contemplarse en el mismo.

En segundo lugar hemos de advertir que los contratos informáticos, por la materia sobre la que recaen, en muchas ocasiones, resultan de gran complejidad para todo aquel que carezca de una adecuada formación técnica sobre la materia. Por ello, consideramos que es conveniente introducir al lector lego en la materia en algunos de los aspectos técnicos del *software*.

■ 4 Al hablar de peculiaridad en la limitación de la autonomía de la voluntad de los contratantes del *software*, no queremos dar a entender que en otros contratos, cuyo objeto no sea el *software*, las partes no están limitados en sus pactos por los dispuesto por la Ley (artículo 1255 del Código Civil: "Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público"), sino que en otros casos la Ley deja mayor autonomía a la voluntad de las partes que la que se concede a las mismas en la contratación de *software*.

## 2.- ¿QUE ES EL SOFTWARE?

Los términos *hardware* y *software*, de origen anglosajón, se emplean en el ambiente informático como contraposición de los dos elementos integrantes de un ordenador: el soporte físico o *hardware* y el soporte lógico o *software*.

- El *hardware* incluye todos los componentes físicos y dispositivos de estado sólido del sistema informático, (el procesador, los circuitos, la unidad de disco, el monitor, el teclado, el armario, etc.). Este *hardware*, por sí solo, no puede hacer nada, sino que necesita de unos programas que le hagan funcionar; esos programas están formados por una serie de instrucciones, que tienen por objeto dirigir al ordenador para que realice determinada tarea.

- El *software*, desde un punto de vista estricto, se correspondería con esos programas que, cuando se conjugan con la "máquina", son capaces de procesar información al objeto de ejecutar o alcanzar una determinada función, tarea o resultado.

Nuestro Derecho define los programas de ordenador en el artículo 96.1 de la LPI, entendiéndolo como tales "toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o tarea o para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuere su forma de expresión y fijación"<sup>5</sup>.

Desde un punto de vista amplio, se utiliza el término *software* para referirse también a los materiales preparatorios y de apoyo que permiten la creación del programa. En términos jurídicos, a partir de la Ley 16/1993, dentro de la expresión "programa de ordenador" hay que entender también comprendida "su documentación preparatoria", ésto es, los diagramas de flujo, la documentación relativa a especificaciones del sistema y otros materiales de diseño, a condición de que se trate de documentación que presente unos caracteres tales que permita la creación del programa informático<sup>6</sup>.

- 5 El *software* está protegido por los derechos de autor "cualquiera que fuere su forma de expresión y fijación", por lo que el *software* que los ordenadores tienen almacenado permanente en memorias de solo lectura (ROM - Read Only Memory), conocido como *firmware*, también estará protegido.

Sin embargo, es muy importante señalar que la definición que nuestra LPI contiene de un programa de ordenador, se ha quedado en parte obsoleta, ya en la misma no se contemplan tecnologías de programación emergentes que no están constituidas por "secuencias de instrucciones o indicaciones", tales como la programación orientada a objetos o la descripción observacional.

- 6 Se pueden distinguir tres tipos de documentación, en relación a un programa de ordenador: 1) La documentación preparatoria, determinante de la creación del programa, que estaría protegida como parte integrante del propio programa (cfr. artículo 1.2. de la Ley 16/1993); 2) La documentación técnica y los manuales de usuario del programa, que si bien no se protegen como parte del programa de ordenador, tienen el mismo régimen de protección que el otorgado para los programas de ordenador por el Título VII de la LPI (cfr. artículo 96.2 de la LPI); 3) Cualquier otra documentación relativa al programa que no se encuentre incluida en los dos apartados anteriores (documentación comercial, etc.), que podría estar protegida, en su caso, por los derechos de autor, si cumple los requisitos correspondientes (conforme al artículo 10.1. de la LPI).

En este trabajo, cuando se hable de *software*, se hará en sentido estricto, ésto es, como programa de ordenador o secuencia de instrucciones o indicaciones expresada en un lenguaje de programación, excluyendo del mismo el material preparatorio determinante de la creación del programa; es éste precisamente el sentido que normalmente se atribuye al término *software* dentro del ambiente informático.

Si bien el *software* es el componente inmaterial del sistema informático, aquél ha de residir en el *hardware* (discos magnéticos, discos ópticos, cintas magnéticas, etc.) para poder realizar su función; en este sentido se puede considerar al *software* como un componente tangible, como un embalse de conocimiento e información que puede diseminarse por medio de una gran variedad de formas a una gran variedad de usuarios.

Para impedir que esta diseminación, es preciso establecer unos esquemas de protección, ya sea a través del derecho necesario o por medio de la autonomía de la voluntad, que protejan al creador del *software*, evitando que la inversión en que haya incurrido el creador para la obtención del *software* se menoscabe por la reproducción o el uso no autorizado del producto.

En este sentido, el *software* se parecería más a un libro o a un video, que puede reproducirse y transmitirse fácilmente a las audiencias interesadas<sup>7</sup>.

Antes de pasar a analizar cada uno de los negocios jurídicos sobre el *software*, vamos a aclarar algunos conceptos, tales como sistema operativo, *software* de aplicación, código fuente, código objeto y otros conceptos necesarios para facilitar la exposición de los contratos sobre *software*.

### **2.1. Sistema operativo y software de aplicaciones.**

Dentro del *software*, hay que distinguir entre *software* de base o de sistema (*system software*) y *software* de aplicaciones (*application software*).

El *software* de sistema, o sistema operativo, constituye la capa básica del *software* del ordenador; es el primero en cargarse en el sistema informático, y actúa directamente sobre el *hardware*, controlando conjuntamente los dispositivos y recursos del sistema informático (memoria, teclado, monitor, ratón, etc.) y los procesos que utilizan dichos dispositivos y recursos en el sistema (entrada y salida de datos, asignación de tiempos de la unidad central de proceso, etc.).

■ 7 La Ley 16/1993, dispone en su artículo 1.1 que "los programas de ordenador serán protegidos mediante los derechos de autor como obras literarias, tal y como se definen en el Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas".

El *software* de aplicaciones contribuye de forma directa a satisfacer una necesidad del usuario del sistema informático (por ejemplo llevar la contabilidad de la empresa), para lo cual actúa sobre el sistema operativo, utilizando a éste para acceder a los distintos dispositivos del ordenador. El sistema operativo hace que los distintos programas de aplicación accedan a una estructura uniforme, lo que es especialmente importante, ya que los componentes de *hardware* pueden variar significativamente según el fabricante o la arquitectura del procesador.

Existe una relación muy estrecha entre el *software* de aplicaciones y el sistema operativo, ya que aquél se desarrolla para un determinado sistema operativo, y normalmente no podría trabajar en un sistema operativo diferente; algunos ejemplos de sistema operativo son el MS DOS<sup>8</sup>, el UNIX, el OS/2 y el VME/B.

## 2.2. Programa fuente y programa objeto.

Como antes hemos mencionado, el *software* está constituido por una serie de instrucciones dirigidas a un sistema informático, al objeto de realizar una función o tarea u obtener un resultado.

Lógicamente, para que el ordenador pueda ejecutar las instrucciones que se le transmitan, es necesario que las entienda, es decir, que estén en su "lenguaje". Los lenguajes de programación permiten expresar las instrucciones<sup>9</sup> de forma que puedan ser leídas, entendidas y ejecutadas por el ordenador.

El lenguaje que utiliza el ordenador, diferente para cada tipo de procesador, se denomina "lenguaje máquina", y se caracteriza por ser un lenguaje

- 8 Este sistema operativo, quizás el más conocido, toma su nombre de las siglas MS, correspondientes a la denominación de la empresa que lo creó, MicroSoft, y de las siglas DOS, que vienen de los términos *Disk Operating System* (Sistema Operativo de Disco).

El entorno de trabajo MS Windows no constituye en sí un sistema operativo, pues requiere de la presencia del MS DOS. No obstante, sus características le colocan al mismo nivel que un sistema operativo (el *software* desarrollado para MS Windows no puede operar fuera de ese entorno, etc.). Además, hay que mencionar que existen modalidades del entorno Windows que constituyen un verdadero sistema operativo (por ejemplo, el Windows Net, que no necesita cargar el MS DOS).

- 9 En lugar de hablar de instrucciones sería preferible hablar de algoritmos, que es un conjunto de reglas o instrucciones bien definidas que han de seguirse para resolver un problema (por ejemplo el cálculo de una raíz cuadrada) en un número finito de pasos.

Un algoritmo, a su vez, se podría expresar de diversas formas: a) En el lenguaje que utilizamos para comunicarnos normalmente, lo que sería útil únicamente para una primera fase de análisis del problema planteado. b) Por medio de diagramas de flujo u organigramas, que de forma gráfica representan los distintos pasos a seguir para resolver el problema. El diagrama de flujo constituye la representación gráfica de la estructura de un programa, y resulta muy útil para obtener una visión global, lógica y estructurada del algoritmo, pudiendo servir de guía para el siguiente paso de formulación del problema (la programación). A este diagrama de flujo se refiere el artículo 1.2. de la Ley 16/1993, cuando habla de "documentación preparatoria". c) Por medio de un lenguaje de programación, que expresa un algoritmo de forma tal que un ordenador pueda llevarlo a cabo.

numérico, compuesto por sucesiones numéricas de dos valores (cero y uno)<sup>10</sup>. En el programa escrito en lenguaje máquina hay que detallar necesariamente una instrucción por cada instrucción que queremos que ejecute el *hardware* del ordenador.

Escribir un programa en lenguaje máquina es sumamente complicado, por lo que casi siempre se suele escribir el programa en un lenguaje simbólico (diferente del lenguaje máquina, que es numérico), utilizando símbolos o combinaciones de éstos para expresar las instrucciones, sentencias y datos, normalmente empleando un lenguaje de alto nivel o, en ocasiones, un lenguaje ensamblador.<sup>11</sup>

Una vez escrito el programa en lenguaje simbólico, es necesario traducirlo a su equivalente en lenguaje máquina, para que el ordenador lo pueda entender y ejecutar. Esta traducción se realiza, a grandes rasgos, a través de programas traductores, que se encargan de volver a escribir en lenguaje máquina (programa en código objeto), un programa que ha sido escrito en otro lenguaje (programa en código fuente).<sup>12</sup>

■ 10 Todos los datos utilizados por un ordenador están codificados en base al uso de dos valores, los dígitos 0 y 1, ya que todos los dispositivos del sistema y los medios de almacenamiento de datos disponen únicamente de dos estados; así por ejemplo, los interruptores están abiertos o cerrados, existe pulso de señal o no existe, las cintas están magnetizadas para uno u otro sentido, etc.

■ 11 Dentro de los lenguajes de programación hay que distinguir los lenguajes de bajo nivel y los lenguajes de alto nivel: a) Los lenguajes de bajo nivel se llaman así por estar "cerca" de la máquina, es decir, dependen directamente de la estructura de la máquina en que se programa. Son lenguajes de bajo nivel los "lenguajes máquina" y los "lenguajes ensambladores"; estos últimos, en lugar de utilizar lenguaje binario, emplean nombres mnemotécnicos para el código de la operación (abreviaturas en inglés de las instrucciones en lenguaje máquina). b) Los lenguajes de alto nivel proporcionan grandes ventajas sobre los de bajo nivel: resultan más fáciles de programar, ya que una instrucción de un

lenguaje de alto nivel equivale a varias de un lenguaje de bajo nivel, son transportables o portátiles, es decir, el mismo programa puede en teoría funcionar sobre otro tipo de ordenador, si bien en la práctica no siempre se alcanza la característica de la independencia de un tipo de máquina concreta. Ejemplos de lenguajes de alto nivel son el FORTRAN, ALGOL, BASIC, COBOL, PASCAL, C, C++, MOLULA-2, ADA y PROLOG.

■ 12 La utilidad del traductor no se limita únicamente a la conversión del código fuente en su equivalente en código objeto, sino que, además, permite detectar errores de programación. Los programas traductores son de tres tipos: a) Los ensambladores, que dan entrada a un programa escrito en lenguaje ensamblador (código fuente) y lo vuelve a escribir en lenguaje máquina (código objeto); b) Los compiladores, que convierten un programa o parte de un programa escrito en un lenguaje de alto nivel (código fuente) en su equivalente en lenguaje máquina (código objeto), utilizando en ocasiones un lenguaje intermedio; y, c) Los intérpretes, que no originan un código objeto equivalente al fuente, sino que analiza y ejecuta cada una de las sentencias del programa de alto nivel (código fuente).

Para ser más precisos, habría que mencionar que el traductor, en realidad, no genera muchas veces un programa en código objeto, directamente ejecutable en el ordenador. Es frecuente que el resultado del compilador o ensamblador sea un conjunto de módulos o subprogramas independientes, denominados segmentos, escritos en lenguaje máquina y que están relacionados unos con otros mediante llamadas, y que a su vez tienen llamadas a fragmentos del programa, conocidos con el nombre de "subrutinas", que por su uso frecuente (operaciones aritméticas, tratamiento de ficheros y control gráfico) se codifican por separado y se almacenan en las denominadas "bibliotecas". Así, el programa principal, por medio de una instrucción, los llama cuando los necesita, con lo que se evita tener que volver a escribirlo continuamente. Por ello es preciso enlazar el programa en código objeto, proporcionando las direcciones adecuadas para todas las llamadas, recuperando las subrutinas y enlazándolas con el programa principal. Una vez enlazado el programa, se procede a la detección y corrección de errores de programación, obteniéndose la versión definitiva o ejecutable del programa.

La distinción entre programa fuente y programa objeto tiene gran importancia para comprender los contratos de software, ya que al algunos casos una de las partes entregará a la otra el *software* en código objeto, mientras que en otros casos el usuario estará interesado en poder realizar modificaciones al programa, por lo que será necesario recibirlo en código fuente.<sup>13</sup>

### 3. LA CONTRATACION EN LA ETAPA DE CREACION DEL SOFTWARE

La etapa de creación del *software* es clave al tratar la contratación sobre el *software*, ya que en este momento nacen los derechos de propiedad intelectual que serán posteriormente objeto de tráfico negocial; en esta etapa, por tanto, el elemento contractual más importante es quién será el titular de los derechos que surgen sobre el programa de *software*.

A continuación se expone el régimen legal y contractual de dicha titularidad, así como otros aspectos que consideramos pueden ser de interés para las partes contratantes.

#### 3.1.- Contratos laborales con analistas y programadores.

Las empresas productoras de *software*, conocidas normalmente como casas de *software* (*software houses*), cuentan en su plantilla con personal especializado dedicado a la creación del *software*. En el proceso de creación del programa, puede participar un único trabajador, o puede que intervengan varios empleados (analistas, programadores, especialistas en la redacción de documentación técnica o de usuario, etc.).

De conformidad con el artículo 2.4. de la Ley 16/1993, "cuando un trabajador asalariado cree un programa de ordenador, en el ejercicio de las funciones que le han sido conferidas o siguiendo las instrucciones de su empresario, la titularidad de los derechos económicos correspondientes al programa de ordenador así creado - tanto el programa fuente como el programa objeto - corresponderán, exclusivamente, al empresario, salvo pacto en contrario."

Estamos en presencia de una atribución *ex lege* de los derechos patrimo-

■ 13 La Ley, no es ajena a esta diferenciación entre programa en código fuente y programa en código objeto; así, la Ley 16/1993, en su artículo 2.4., al tratar las creaciones laborales y atribuir al empresario la titularidad de los derechos económicos sobre el programa, lo hace tanto respecto al programa fuente como al programa objeto.



niales sobre el *software* en favor del empresario<sup>14</sup>, atribuyendo al trabajador, únicamente los derechos morales sobre el programa. Sin embargo, el trabajador podría negociar con el empresario, al formalizar su contrato de trabajo, una cierta participación en los derechos patrimoniales.

Por el contrario, el empresario no tiene nada que ganar en principio, con la negociación, ya que los derechos que el trabajador retendrá, serán los derechos morales, y sobre éstos no se puede negociar, ya que corresponden al autor y tienen el carácter de irrenunciables e inalienables (cfr. artículo 14 de la LPI).<sup>15</sup>

Sin embargo, hay que observar que dada la formulación del artículo 2.4. de la Ley 16/1993, parece ser que cabría interpretar que el empresario tiene aún un ámbito de negociación en el contrato de trabajo, de modo que el empresario devenga titular de los derechos económicos relativos no sólo a los programas creados por el trabajador “en el ejercicio de las funciones que le han sido conferidas o siguiendo las instrucciones de su empresario”, sino también de cualesquiera otros programas de ordenador que pueda crear el trabajador durante la vigencia de su contrato laboral (por ejemplo, aquellos programas que cree dentro de la jornada laboral, o fuera de la misma pero empleando fundamentalmente los conocimientos que ha adquirido en virtud de su trabajo en la empresa)<sup>16</sup>.

No obstante todo lo anterior, no es habitual que el creador del programa sea una única persona, sino que lo normal es que el programa sea el resultado del trabajo en equipo de varios analistas y programadores.

- 14 En el caso particular de los programas informáticos, a partir de la Ley 16/1993, se establece una atribución legal a favor del empresario de la titularidad de los derechos patrimoniales sobre el *software*, salvo que expresamente se pacte otra cosa. Esta situación se aparta del régimen general de otras creaciones objeto de propiedad intelectual (régimen que se aplicaba también a los programas de ordenador hasta la Ley 16/1993), respecto a las cuales, de conformidad con el artículo 51 de la LPI: a) Existe una transmisión de los derechos de explotación a favor de la empresa conforme a lo pactado en el contrato escrito entre trabajador (en el caso del *software* no hay transmisión, sino atribución de titularidad a priori a favor del empresario); b) En defecto de pacto escrito, los derechos de explotación se presumen transmitidos al empresario en exclusiva y con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario; y c) El empresario no puede utilizar la obra ó disponer de ella para un sentido o fines diferentes de los que se deriven de lo establecido en los apartados a. y b. anteriores.

El hecho de que el empresario sea titular de los derechos económicos de modo originario (como en el caso del *software*) o de modo derivado, por medio de la cesión, tiene cierta trascendencia práctica: a) En el caso de la adquisición derivativa existe una presunción de transmisión en exclusiva, pero cabe prueba en contrario; b) La transmisión de los derechos, salvo que conste otra cosa, se entenderá realizada con los límites que prevé el propio artículo 51 de la LPI.

- 15 Los derechos morales sobre la obra serán los recogidos en el artículo 14 LPI: derecho de divulgación, derecho de paternidad, derecho de retirada y derecho de integridad (con los límites, en este último caso, del artículo 98 de la LPI y de los artículos 4, 5.1 y 6 de la Ley 16/1993).
- 16 No obstante, también cabría una interpretación contraria, ya que, por un lado, el artículo 51 de la LPI constituye una excepción al régimen general de la cesión de derechos de autor y debe interpretarse restrictivamente, y por otro lado, el artículo 43.3. de la LPI declara la nulidad de la cesión de los derechos de explotación respecto del conjunto de las obras que pueda crear el autor en el futuro.

El proceso de creación del programa mediante equipos de trabajo, puede desarrollarse de diferentes formas:

a) Los programas de *software* colectivos, que son aquellos programas creados por la iniciativa y bajo la coordinación de una persona física o jurídica que lo edita y publica bajo su nombre, estando constituido por la reunión de las aportaciones de diferentes autores, cuya contribución personal se funde en un programa de *software* único y autónomo, respecto al que no es posible atribuir separadamente a cualquiera de los autores un derecho sobre el conjunto del programa informático (cfr. artículo 8 de la LPI).

En el caso de los programas de *software* colectivos, tendrá la consideración de autor, salvo pacto en contrario, la persona física o jurídica que la edite y divulgue bajo su nombre (cfr. artículo 2.2 de la Ley 16/1993 y artículo 8 *in fine* de la LPI), es decir, la casa de *software* correspondiente, que devendrá titular tanto de los derechos morales como de los derechos económicos sobre el *software* desarrollado.

Sin perjuicio de ello, en el caso de un programa colectivo, también cabría el pacto entre trabajador y empresario respecto a los derechos económicos y/o morales sobre el *software*.

b) Los programas de *software* en colaboración, que se corresponden con aquellos programas que son el resultado unitario de la colaboración entre varios autores; en estos casos, los derechos de autor serán propiedad común y corresponderán a todos éstos en la propiedad que determinen (artículo 2.3. de la Ley 16/1993 ).<sup>17</sup>

En el supuesto del programa de *software* creado en colaboración por varios trabajadores, en las condiciones detalladas en el artículo 2.4. de la Ley 16/1993, ésto es, “en el ejercicio de las funciones que le han sido conferidas o siguiendo las instrucciones del empresario”, resultaría de aplicación el referido artículo 2.4., por lo que el empresario sería el titular exclusivo de los derechos económicos correspondientes al programa correspondiente. No obstante, aquí también tendría su juego el posible pacto en contrario, en el contrato laboral, a favor de los trabajadores.

■ 17 En el marco de una relación laboral con la empresa, en nuestra opinión, sólo cabe hablar de programas en colaboración en aquellos supuestos en que se crea un programa unitario respecto al que se puede determinar qué partes del programa han sido desarrolladas por cada uno de los trabajadores. En caso de no se pueda realizar esa determinación, dicha obra tendría el carácter de un programa colectivo, al surgir, en todo caso, en el marco del ámbito de organización y dirección de la empresa - patrón que lo publicará con su nombre. Piénsese, por ejemplo, en un programa de gestión hotelera, integrado por diferentes módulos (gestión de reservas, gestión de almacén del restaurante, contabilidad, etc.) perfectamente diferenciables.

Para terminar con la contratación laboral, hay que mencionar que, salvo las estipulaciones antes mencionadas en relación a los derechos de autor, los contratos de trabajo con analistas y programadores no suelen contener estipulaciones relativas a los programas de *software*.

Sin embargo, es posible que el empresario contrate al trabajador para la realización de un programa de *software* concreto, empleando determinadas modalidades contractuales laborales de duración determinada que se contemplan en el Real Decreto 2546/1994, de 29 de diciembre (contrato para obra o servicio determinado o contrato para lanzamiento de nueva actividad), en cuyo caso, en el contrato de trabajo, por imperativo legal, habrá que identificar de forma suficiente el desarrollo de *software* para el que se contrata al analista o programador (cfr. artículos 2.2. apartado a. y 5.2. apartado a. del Real Decreto 2546/1994, de 29 de diciembre).

### 3.2.- Contratos de desarrollo de *software*.

Dentro de esta categoría de contratos, podemos distinguir diversos supuestos:

a) Empresa que contrata con un programador o analista autónomo o con una empresa de *software* la creación de determinado programa informático.

Este es un supuesto muy frecuente en la práctica, que jurídicamente se puede incluir dentro de la figura contractual del arrendamiento de obra, regulado por los artículos 1588 y ss. del Código Civil, en el que una de las partes (el programador o analista autónomo o la empresa de *software*) se obliga a entregar a la otra parte determinado programa de *software* a cambio de un precio.

Se trata pues de un contrato de los calificados como “de resultado”, en el que el autor del *software* se obliga a un resultado concreto, en contraposición a los denominados contratos “de medios” (arrendamiento de servicios), en el que una de las partes se compromete, a cambio de un precio, a realizar determinada actividad considerada en sí misma y no por su resultado concreto.

En estos contratos habrá de determinarse gran cantidad de elementos, comunes con otros contratos sobre *software* (precio, condiciones de garantía y mantenimiento, cláusulas de confidencialidad, etc.), pero surgen cuatro elementos que destacan entre todos, y que necesariamente deben quedar reflejados en el documento contractual, al objeto de evitar desavenencias futuras entre las partes:

1.º.- Titularidad sobre los derechos de explotación<sup>18</sup> relativos al *software* desarrollado.- Los derechos de explotación, son, *a priori*, titularidad de la empresa de *software* o del trabajador autónomo, lo que implica para éstos el disponer de los siguientes derechos:

1) Derecho a la reproducción total o parcial del programa de ordenador, por cualquier medio y bajo cualquier forma, ya sea permanente o transitoria (cfr. art. 4.a. de la Ley 16/1993 y art. 18 de la LPI).

2) Derecho a la distribución pública del *software*, ésto es, derecho a poner a disposición del público el programa original o copias del mismo, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma. El titular del derecho de distribución debe tener presente que la primera venta (no la licencia) de una copia del *software*, lleva consigo el agotamiento del derecho de distribución de dicha copia, salvo el derecho de controlar el subsiguiente alquiler de la misma (cfr. art. 4.c. de la Ley 16/1993 y art. 19 de la LPI).

3) Derecho a la transformación del programa, es decir, a su traducción, adaptación, arreglo y modificación de cualquier otra forma de la que se derive un programa de *software* diferente, así como a reproducir el resultado de tales transformaciones (cfr. art. 4.b. de la Ley 16/1993 y art. 21 de la LPI).

4) Derecho de comunicación pública, entendiendo por tal el derecho a permitir a una pluralidad de personas el acceso al *software* sin la previa distribución de ejemplares a cada una de estas personas (cfr. art. 21 de la LPI).

5) Derecho de uso (cfr. art. 99. 1. de la LPI), que si bien no se menciona como derecho de explotación en los artículos que la LPI dedica a los mismos (cfr. art. 17 y ss.), constituye un derecho de explotación específico del *software*, independiente de los restantes derechos de explotación, y que atribuye al usuario una serie de derechos que van más allá del mero uso, tal y como se describe en el apartado dedicado en este trabajo a las licencias de uso.

La intención de las partes contratantes, por lo que respecta a la atribución de los derechos de explotación puede ser muy diferente; así puede ocurrir que la empresa cliente esté interesada en comercializar el *software* desarrollado por la otra empresa o que pretenda asegurarse la posibilidad de modificar el *soft-*

■ 18 No hay problema por lo que respecta a los derechos morales, que corresponderá, según se trate, bien al trabajador autónomo, bien a la empresa de *software* si se trata de una obra colectiva, bien al trabajador de la empresa de *software* que haya desarrollado el programa por sí solo o bien a los trabajadores que han desarrollado un programa en colaboración, todo ello según ha quedado expuesto al tratar los contratos laborales de analistas y programadores.

*ware* en el futuro para su propio uso, o que la empresa de *software* quiera utilizar el programa creado o parte del mismo en sus relaciones comerciales con otros clientes, etc. La transmisión de los derechos de explotación dependerá de lo pactado en cada caso, si bien hay que tener en cuenta que:

- Para que la cesión sea exclusiva, de modo que el cliente sea el único legitimado para explotar el programa, con exclusión incluso de la propia empresa de *software*, habrá de mencionarse expresamente dicha exclusividad.

- En caso de que no se mencione qué modalidades de explotación se conceden a la empresa cliente, se entiende que la cesión se limita a las modalidades de explotación que se deduzcan necesariamente del propio contrato y sean indispensables para cumplir la finalidad del mismo.

2º.- Documento de Especificaciones.- Otro de los elementos esenciales del contrato de desarrollo de *software* es el denominado "Documento de Especificaciones", en el que se recogerá en detalle el propio objeto del contrato, éste es, el *software* a desarrollar. En este documento se contiene un informe completo de lo que va a realizar el *software*, sin especificar el modo en que va a llevarlo a cabo, o haciéndolo pero sin entrar al detalle en la descripción del mismo. Todo ello comprenderá una descripción detallada de las funcionalidades, efectos u operaciones que debe realizar el *software*, las características técnicas del mismo, la definición, en su caso, de las interfaces<sup>19</sup>, los requerimientos del *hardware* del cliente para que funcione correctamente el *software*, los requerimientos de otros programas de *software* del cliente, etc.

La peculiaridad del Documento de Especificaciones está en que no suele formar parte del contrato en el momento de la firma del mismo, sino que lo elabora la empresa de *software* como primera fase del desarrollo del programa, a partir de la descripción de necesidades que le presenta el cliente (y que sí forma parte del contrato en el momento de su firma). Una vez está elaborado dicho documento, se presenta al cliente para su aceptación o propuesta de modificaciones, en su caso.

■ 19 La interfaz o interfase, en este caso, será la especificación de comunicación entre dos unidades del programa de *software*. La definición cuidadosa de las interfaces hace posible la utilización de una unidad del programa de *software* (módulo) sin tener conocimiento de su actuación interna, y es parte esencial del diseño de un sistema. En general, un sistema informático está compuesto por módulos, que son unidades intercambiables del sistema, que realizan una función concreta y que tienen unas conexiones específicas con su entorno; la interfaz es un punto de contacto entre dos módulos del sistema informático o entre un módulo y su entorno. La Ley 16/1993 contempla también el concepto de interfaz, definiéndola como "todo dispositivo, físico o lógico, que permite la conexión facilitando el intercambio de información entre dos equipos o entre equipo y usuario". Sin embargo, la Ley 16/1993 no contempla el concepto de interfaz en el sentido que nosotros hemos mencionado, es decir, como medio de intercambio de información entre programas o módulos de los mismos.

Habida cuenta que el contrato no recogerá este Documento en el momento de su firma, será necesario que en el contrato se detalle cuál es el contenido mínimo de dicho documento, cuáles serán las consecuencias de la no aceptación del mismo por parte del cliente, etc.

3º.- Entregas.- El contrato habrá de recoger tanto las fechas programadas para que la empresa de *software* vaya ejecutando sus obligaciones, como el contenido de la entrega correspondiente (módulos de *software* a entregar), mencionando, en especial, si el *software* se ha de entregar en código fuente, en código objeto, o en ambas formas, y qué documentos se entregarán junto al *software* (manuales técnicos, manuales de usuario, diagramas de flujo desarrollados en la fase de análisis, etc.).

4º.- Pruebas de aceptación.- Las pruebas de aceptación son un elemento clave para la determinación del cumplimiento del objeto del contrato, ya que en ellas se determinará si el *software* y la documentación correspondiente al mismo se ajusta al documento de especificaciones en condiciones de funcionamiento real, etc. Además de las pruebas de aceptación final, se pueden establecer pruebas de aceptación particulares para cada una de las entregas que se vaya produciendo.

b) Varias empresas de *software* acuerdan desarrollar de forma conjunta un programa de ordenador.

El desarrollo conjunto de un programa por parte de varias empresas puede realizarse bajo el liderazgo de una de ellas, que dirige y supervisa la creación del programa correspondiente, y en la que la participación de las restantes empresas se acerca más a un arrendamiento de servicios (contrato de medios) que a un arrendamiento de obra (contrato de resultado), en cuyo caso podríamos hablar de desarrollo de un programa colectivo, con la correspondiente atribución a la empresa directora, salvo pacto en contrario, de los derechos morales y de explotación sobre el *software* (cfr. art. 8 de la LPI) o puede acercarse más a un programa en colaboración, en la que, aún cuando pudiera existir una empresa que ejerce la función de director o líder del proyecto, esta función es menos relevante y es claramente identificable la aportación de cada una de las partes en relación con el programa de *software* correspondiente. En este caso, los derechos de autor se atribuyen en común a las empresas contratantes, en la cuantía que determinen en el contrato.

Asimismo, es frecuente que en este tipo de acuerdos se acuda a otras empresas de *software* porque éstas tienen ya desarrollado un programa que

puede ser útil para el desarrollo del nuevo *software*; este último será el resultado de conjugar diversos módulos del *software* desarrollado previamente por cada una de las empresas, realizando las modificaciones que corresponda y desarrollando partes nuevas del programa. En tal caso, habrá que determinar las correspondientes estipulaciones sobre derechos de explotación de los programas originales y del programa resultante, deber de confidencialidad sobre el código fuente de los programas, etc. A ello habrá que añadir las restantes estipulaciones relativas a entregas, especificaciones, pruebas de aceptación y similares.

En este tipo de acuerdos hay que tener presente, además, la normativa sobre defensa de la competencia, especialmente en caso de que las dos empresas de *software* sean competidores entre sí y en el contrato se contengan: (1) restricciones sobre la explotación de los resultados del desarrollo conjunto; (2) restricciones, en su caso, sobre el *software* ya desarrollado que sirve de base al nuevo programa; o, (3) restricciones relativas a futuros desarrollos de algún programa *software* que realice las mismas operaciones que el *software* objeto del contrato.

### 3.3.- *Contratos de consultoría de software.*

Los contratos de consultoría de *software* se corresponden normalmente con contratos de arrendamiento de servicios (contrato de medios o actividad), aunque también en ocasiones se configuran como contrato de arrendamiento de obra (contrato de resultado).

Los hemos incluido dentro de la contratación en la etapa de creación del *software* porque normalmente se utilizan para la prestación de servicios correspondientes a esta etapa, bien para un momento muy concreto del desarrollo, o para que se presten servicios durante todo el desarrollo del *software*.

Así por ejemplo, es posible que la empresa cliente, antes de contratar con la empresa de *software* el desarrollo del programa correspondiente, contrate como servicio de consultoría la elaboración del documento de especificaciones (que luego formará parte del contrato de desarrollo de *software*), formalizando el contrato de consultoría, bien con la misma empresa de *software* que desarrollará luego el programa informático, bien con otra diferente.

En otras ocasiones, la empresa cliente puede carecer de departamento informático que se encargue de supervisar la contratación con la empresa de *software*. En tal caso, se puede acudir a otra empresa de *software* para que actúe como interlocutor y supervisor del desarrollo del contrato con la empresa encargada del desarrollo de *software*.

Normalmente, quien acude a los contratos de consultoría no es la empresa cliente, sino la empresa de *software*, que requiere la asistencia de otra empresa para llevar a efecto alguna de las fases del contrato de desarrollo de *software*. Su campo de aplicación típico es el de desarrollo de programas colectivos, en el que la empresa directora contrata con determinadas empresas consultoras para que intervengan en algunas fases del proceso de desarrollo del *software*: realización de las pruebas de corrección del programa, realización de tareas de análisis (demostración matemática formal de que la semántica del programa es congruente con alguna especificación), elaboración de parte de la documentación preparatoria del programa, realización de determinadas actividades de la fase de programación o de análisis, etc.

Los servicios de consultoría que hemos descritos (consultoría de análisis/diseño de *software* o de control de calidad) no son los únicos que existen en la contratación informática, sino que es frecuente utilizar la denominación de "contratos de consultoría" para referirnos a una gran variedad de servicios, como pueden ser los servicios de diseño de infraestructura tecnológica para una organización, la consultoría de migración de sistemas propietarios a sistemas abiertos o el diseño de infraestructuras de redes, contratos todos éstos que algunos casos implican la definición y realización de desarrollos de *software*.

#### **4.- LA OPCION DEL CREADOR PARA LA COMERCIALIZACION DEL SOFTWARE.**

Uno de los aspectos esenciales y elementales en relación a los contratos sobre *software* es que la empresa productora del mismo debe tener siempre en cuenta su pretensión final: la venta del software desarrollado o la licencia del mismo.

Lo normal es que el productor de *software* tome la alternativa de la licencia; únicamente en casos excepcionales nos encontramos con la alternativa de la venta, y suele tratarse de pequeñas empresas de *software* que, tomando como base una herramienta de desarrollo de *software* de otra empresa, crean programas muy especializados dirigidos a un sector empresarial muy específico, o de empresas que invierten gran parte de sus recursos económicos y materiales en el desarrollo de un programa muy especializado en determinado campo, y que careciendo de una infraestructura suficiente para la adecuada comercialización del mismo, opta por la venta de dicho programa a otra empresa que cuenta con esa infraestructura y que le abona el precio suficiente para sufragar su inversión



y acometer un nuevo proyecto de desarrollo; este último caso no se da casi nunca en España, donde lo más frecuente es la subcontratación de desarrollos específicos de *software*.

#### **4.1.- Contrato de compraventa de derechos de explotación sobre el *software*.**

En primer lugar, en relación a este tipo de contratos, hay que mencionar que algunos autores niegan la posibilidad de que el titular de los derechos de explotación sobre el *software* o de cualquier otra creación objeto de propiedad intelectual pueda venderlos, en el sentido de trasladar el dominio de tales derechos de explotación<sup>20</sup>, perdiendo incluso la nuda propiedad de los mismos.

Son diversos los argumentos que se emplean, tanto a favor como en contra de la admisión de dicha venta, y sobre ellos no vamos a entrar en este trabajo.

Consideramos que, aún cuando existen diferencias jurídicas entre la cesión exclusiva de todos los derechos de explotación sobre el *software* y la venta de tales derechos, en nuestra opinión, ya se califique el negocio como “venta” o se califique como “cesión exclusiva sin limitaciones temporales, territoriales o de facultad de ceder a terceros esos derechos”, los efectos prácticos para la empresa compradora o cesionaria<sup>21</sup> serán similares, pues lo que busca es comercialización del *software* correspondiente, y ésto lo puede conseguir por ambas vías.

Y en caso de que al conocer un asunto, un Tribunal tuviera que pronunciarse sobre un contrato de compraventa de derechos de explotación sobre *software*, y considerase que el régimen español de propiedad intelectual no admite el contrato de venta de derechos de explotación sobre creaciones intelectuales, entendemos que, de conformidad con las reglas de interpretación contenidas en el Código Civil, el Tribunal debería interpretar que los contratantes, al concertar una venta de los derechos de explotación, lo que pretendían hacer era concluir una cesión de tales derechos en los términos más amplios posibles.

Partiendo de la posibilidad de una venta o cesión amplia de los derechos de explotación sobre el *software*, habría que establecer en el contrato, entre otras, las siguientes estipulaciones: (1) La obligación de que el comprador entre-

- 20 Hablamos únicamente de los derechos de explotación; los derechos morales son irrenunciables e inalienables (cfr. artículo 14 de la LPI).
- 21 Decimos que en la práctica es igual la venta y la cesión, siempre y cuando la cesión se produzca en exclusiva, sin límites de tiempo o territorio, y con consentimiento del licenciatario para ceder a terceros, libremente, los derechos de explotación correspondientes.

que el código objeto y del código fuente del *software*; aunque el código fuente es legible por el hombre, normalmente dicho código por separado, es insuficiente para poder utilizarlo y entenderlo, por lo que será necesario que se entregue también toda la documentación existente en relación al programa, como son los manuales de desarrollo y las notas de los ingenieros, los diagramas de flujo, la documentación técnica, los manuales de usuario, etc.; (2) El detalle de las especificaciones del propio programa de *software* y el listado de los archivos que componen el programa; (3) El establecimiento de un periodo transitorio en el que la empresa compradora realizará las pruebas que considere convenientes sobre el *software*, obligándose la empresa vendedora a cooperar con aquella para la resolución de las dudas o problemas que pudiera tener en relación al *software*; (4) La cesión de las marcas con que, en su caso, se hubiera estado comercializando previamente el *software* adquirido; (5) La obligación de confidencialidad por parte del vendedor en relación al *software* y su documentación; (6) Las declaraciones de garantía del vendedor en relación a defectos de *software*, titularidad exclusiva por su parte sobre los derechos de propiedad intelectual sobre el *software*; (7) La declaración del vendedor de que es el titular legítimo de los derechos sobre el *software*; etc.

#### 4.2.- Contratos de licencia de software

La Ley de Propiedad Intelectual no emplea el término "licencia" para referirse a las cesiones de derechos relativos a los programas de *software*<sup>22</sup>.

Dicho término se utiliza en la industria informática mundial para referirse, en general, a cualquier tipo de cesión de los derechos de explotación, en contraposición a la venta de tales derechos, y se ha generalizado su uso por la industria española, si bien, no para referirse en general a cualquier cesión de derechos de explotación, sino para denominar a las cesiones del derecho de uso del *software*, que se contemplan en el artículo 99.1. de la LPI, y que constituyen el contrato típico, o mejor dicho, el menos atípico, de los contratos sobre programas de ordenador. Según antecede, podemos decir que el término "licencia" es confuso, y conviene aclararlo a grandes rasgos.

En España, la denominación contractual genérica de "licencia de *software*" se emplea para referirse al contrato en virtud del cual el titular de los derechos de explotación sobre el *software* ("licenciante"), concede a otro ("licenciata-

■ 22 El término "licencia" sí que aparece en la Ley 43/1994, de 30 de diciembre, de Incorporación al Derecho español de la Directiva 92/100/CEE, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual. Así, esta disposición legislativa establece en su artículo 8.3. que "el derecho de distribución podrá transferirse, cederse o ser objeto de licencias contractuales". La Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas, sí que emplea el término "licencia", como sinónimo de "cesión" (cfr. art. 41 y ss., en especial el art. 44). En el mismo sentido se emplea por la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes (cfr. art. 74 y ss.).

rio”), a cambio de una retribución, el derecho de uso del *software*, reteniendo el licenciante los restantes derechos que le corresponden sobre dicho programa. A este tipo de contratos nos vamos a referir en este trabajo, con la denominación de “licencias de uso de *software*”.

La forma en que el *software* se licencia al usuario final alcanza una gran variedad de formas; así, aunque decimos que el licenciante es el titular de los derechos de explotación, hay que tener presente que el acuerdo de licencia es el último eslabón en la cadena de comercialización del *software*, y en muchas ocasiones no se concede directamente por quien es el titular originario de los derechos de explotación, sino por otros cesionarios de dicho titular, que han recibido el derecho a distribuir el *software*, ésto es, a “sublicenciarlo”, al usuario final. Se dice entonces que el distribuidor dispone de una “licencia de distribución de *software*”

Puede ocurrir también que el productor del *software*, reteniendo los derechos sobre el mismo, lo licencie a otra empresa, al objeto de que ésta lo adapte a determinadas necesidades para su posterior distribución; en estos casos se habla de “licencia de conversión y distribución de *software*”.

A continuación se exponen las licencias de *software* y otras modalidades contractuales que surgen, como aquéllas, una vez que el productor del *software* ha optado por no desprenderse de los derechos sobre su creación.

## 5. LA CONTRATACION DEL SOFTWARE CON EL USUARIO FINAL DEL MISMO

### 5.1. *Licencias de uso del software.*

En las licencias de uso de *software*, el licenciante concede al licenciatario el derecho de uso del *software*, a cambio de una retribución, pero sin concederle generalmente ningún otro derecho en relación al mismo; en este sentido, el producto de *software* se licencia igual que se alquila o se vende<sup>23</sup> una película de video.

- 23 Se plantean dudas acerca de la naturaleza jurídica de la licencia de uso de *software* (arrendamiento vs. compraventa), ya que normalmente, en especial en el caso de programas informáticos comercializados en masa, la cesión tiene duración indefinida, el licenciante no se compromete frente al licenciatario (a diferencia de lo que ocurre en el contrato de arrendamiento) a mantener en buen estado el producto de que se trate, y no existe un pago periódico de la renta, sino una única contraprestación, abonada normalmente al inicio de la licencia.

El hecho de que se trate de una licencia de uso de la copia del programa o de una venta de la copia del programa tiene una gran trascendencia práctica, ya que en caso de ser una venta, conforme establece en la letra c) del artículo 4 de la Ley 16/1993, el derecho de distribución del titular del programa, en relación con dicha copia, queda agotado en el caso de la venta, si bien mantendrá el derecho de controlar el subsiguiente alquiler de la copia del programa.

No obstante, el derecho de uso tiene un contenido legal que puede ampliarse o restringirse, según se determine en la licencia. Al objeto de que cualquier usuario pueda confrontar rápidamente que derechos tiene, a la vista de una licencia de uso, podemos decir que, conforme a la normativa relativa al derecho de uso de los programas de ordenador, éste incluye:

a) El derecho no exclusivo e intransferible de utilizar el programa de ordenador para satisfacer sus propias necesidades (cfr. art. 99.1. de la LPI).

b) En el caso de que no se mencione nada en relación a la copia de seguridad, se entenderá que el usuario tiene derecho a realizarla (cfr. artículo 99.2. de la LPI y artículo 5.2. de la Ley 16/1993, *a sensu contrario*). No obstante, el licenciante puede prohibir en el contrato la realización de una copia de seguridad, siempre y cuando la realización de esta copia no resulte necesaria para la utilización del programas (cfr. artículo 5.2 de la Ley 16/1993).

c) Derecho a reproducir el programa y a transformarlo, incluyendo la corrección de errores, cuando estos actos sean necesarios para la utilización del programa por parte del licenciario y conforme a la utilización propuesta. Estos derechos del usuario pueden limitarse por vía contractual (cfr. artículo 5.1. de la Ley 16/1993).

d) Derecho al estudio del programa para determinar las ideas y principios implícitos en el mismo, siempre y cuando ese estudio se haga durante las operaciones de carga y ejecución del programa. En caso de estar autorizado el usuario a la realización de operaciones de transmisión o almacenamiento, también podrá realizar dicho estudio durante tales actos (cfr. artículo 5.3. de la Ley 16/1993).

e) Derecho a descompilar un programa, es decir, a reproducir el código objeto y traducirlo a su código fuente (con lo que se conculca las prohibición de reproducción y traducción recogidas en el artículo 4. a. y b. de la Ley 16/1994), siempre y cuando la descompilación sea indispensable para obtener la información necesaria para garantizar la interoperabilidad<sup>24</sup> de un programa creado independientemente con otros programas y se cumplan los restantes requisitos del artículo 6 de la Ley 16/1993, al que nos remitimos.

Un aspecto muy importante de la licencia de *software* es la identificación del *hardware* en que el cliente puede hacer uso del *software* licenciado, ya que lo

■ 24 Por interoperabilidad se entiende la capacidad de los programas de ordenador para intercambiar información y utilizar mutuamente la información así intercambiada (cfr. Exposición de Motivos de la Ley 16/1993).

normal es licenciar un *software* para un sistema informático específico, exigiéndole al usuario el pago de una tarifa adicional en caso de que quiera ampliar dicho sistema o con restricciones en cuanto al número de usuarios o periodos de tiempo en que puede utilizarse el *software*.

La industria informática, tiene acuñadas una serie de denominaciones que se utilizan para identificar el tipo de licencia de uso de que se trata en cada caso; estas licencias son las siguientes:

1.- Licencia de Sistema.- El cliente puede hacer uso del *software* en cualquier momento:

a) en un único ordenador o procesador cualquiera ( Licencia de Sistema Básica);

b) en cualquier ordenador o procesador perteneciente a una única clase de ordenadores o procesadores (Licencia de Clase); o,

c) en un ordenador o procesador individualizado y registrado (Licencia de Nodo).

2.- Licencia de Usuario Concurrente.- El cliente puede hacer uso del *software* en cualquier momento, pero al mismo tiempo sólo podrán estar usándolo un número máximo de usuarios identificados.

3.- Licencia Temporal.- El cliente puede hacer uso del *software* únicamente durante un periodo determinado de tiempo.

4.- Licencia *Runtime*.- El cliente puede hacer uso del *software* únicamente en lo que respecta a sus prestaciones de ejecución, pero no en lo relativo a las prestaciones de programación.

Hasta aquí hemos expuesto lo que constituye el derecho de uso del licenciatario, si bien, puede ocurrir que el mismo tenga unas necesidades adicionales a las que se le conceden en virtud del derecho de uso. Así por ejemplo, en ocasiones, el cliente puede estar interesado en realizar pequeñas modificaciones en el programa al objeto de adaptarlo a sus necesidades concretas. Para ello, el usuario deberá hacer constar en la licencia la autorización del licenciante para modificar el programa exclusivamente con los fines antes mencionados y la obligación de que éste le suministre el código fuente correspondiente a algunos de los listados de datos, árboles de menús del *software*, etc.

## 5.2.- Un caso particular de licencia de uso de software: las licencias "shrink-wrap"

Muchos programas informáticos se han convertido en productos de gran consumo, que se comercializan entre multitud de usuarios finales por medio de canales de distribución muy diversificados. Esto hace que sea antieconómico y, en ocasiones, casi materialmente imposible, la obtención de la firma del usuario prestando su conformidad a la correspondiente licencia de uso.

Para evitar esta situación, se acude a la solución de entregar los disquetes de *software* al usuario dentro de un paquete sellado, en cuyo envoltorio se puede leer una nota de aviso<sup>25</sup> y los términos y condiciones de la licencia de *software*. La apertura del sobre en el que se contienen los disquetes o la utilización del *software*, se entiende como una aceptación tácita de los términos de la licencia.

En ocasiones se cuestiona la validez de este tipo de licencias de *software*. En nuestra opinión, estas licencias son perfectamente válidas y vinculantes para el usuario, como si se tratara de un contrato de licencia de *software* firmado por el propio usuario. Lo que sí que se podría cuestionar es la validez de alguna de las cláusulas de la licencia correspondiente, que sea contraria al derecho de obligaciones en general y, en su caso, al artículo 10 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en el que se regulan las condiciones generales de contratación con los consumidores.<sup>26</sup>

Asimilables a las licencias *shrink-wrap* son los avisos que aparecen al iniciar la ejecución de algunos programas de *software*, en los que, igual que ocurre con las películas de video, se comunican las condiciones en que se puede utilizar el *software*. Estos avisos suelen aparecer en programas de *software* que vienen ya cargados en la memoria del ordenador personal al comprar éste.

## 5.3. Contratos de soporte de software.

Generalmente, en el caso de productos de *software* que no son de gran consumo, el cliente suele suscribir, conjuntamente con la licencia, un contrato de

■ 25 La nota de aviso suele ser parecida a la siguiente: "ATENCIÓN: el uso del *software* está sujeto a los términos de la licencia de uso que se detallan a continuación. La utilización del *software* se entenderá como una aceptación tácita de dichos términos. En caso de que los términos de la licencia de *software* no sean de su aceptación, le rogamos que devuelva el *software* para que se le reembolse su importe".

■ 26 Así por ejemplo, una cláusula que limite de forma absoluta la responsabilidad de la empresa de *software* (cfr. art. 10.1.c.6º de la Ley 26/1984).

soporte o mantenimiento del *software* que ha licenciado, que se formaliza, bien como acuerdo independiente de la licencia del *software*, o bien como parte del propio acuerdo de licencia en el que el soporte se entiende como un servicio pos-venta a favor del licenciataria, que conlleva un cargo adicional para éste pero que le ofrece indudables ventajas.

Jurídicamente, el contrato de soporte de *software* es un arrendamiento de servicios (contrato de medios), que puede incluir una gran variedad de prestaciones a favor del cliente.

Lo normal es que este contrato incluya acceso telefónico al centro de soporte de la empresa que preste el soporte, para resolver las incidencias que se le presenten al cliente en relación con el uso o funcionamiento del *software*. A tal fin, se suelen especificar los *tiempos de respuesta* pactados entre las partes para la resolución del problema. También suelen incluir estos contratos los servicios de formación a los operadores del *software*, en relación con el manejo del mismo.

Una prestación especialmente importante de los contratos de soporte, es la realización de correcciones temporales en el código objeto del *software*, para solventar errores en el mismo, así como la subsanación de los defectos que se aprecien en la documentación del *software*. Estas modificaciones del código se denominan "parches" (del inglés *patch*) y se realizan directamente sobre el código objeto del programa, aunque en ocasiones, por la complejidad que conlleva la modificación del código objeto, se realizan en el código fuente del programa.

Una vez que el licenciente he realizado un número significativo de parches, incorpora todos los parches en el código fuente del programa, mediante una sola compilación, produciendo una "actualización" del *software*, que comunicará a todos los licenciataria con contrato de soporte que incorpore este derecho; conjuntamente con esas actualizaciones se procederá, en su caso, a la entrega de los correspondientes manuales.

En ocasiones, también se incluye un servicio de soporte electrónico que permite al cliente el acceso por esta vía al centro de soporte del licenciente, a través del cual el licenciataria podrá transmitir electrónicamente llamadas de problemas, acceder a bases de datos permanentemente actualizada sobre productos disponibles, etc. En ocasiones, las correcciones temporales del código fuente se suministran a través de esta línea electrónica.

La continua renovación tecnológica que se produce en la informática hace necesario que, en la mayoría de las veces, el licenciataria cuente con la últi-

ma versión del *software* de que se trate, que incorpore las nuevas funcionalidades que el productor del *software* haya introducido al mismo. En muchos contratos de soporte, como prestación incluida en el servicio, se incluye el suministro de las nuevas versiones, aunque lo normal es que esta prestación se cobre como servicio aparte.

Algunas veces, se habla de servicios de soporte de primer nivel y servicios de soporte de segundo nivel. Esta distinción surge en el caso de productos de *software* que se licencian por el productor por medio de canales de distribución. En virtud de dicho contrato de distribución, la empresa que licencie el *software* al usuario final se obliga a prestar a éste servicios de soporte de primer nivel (instalación del *software*, la realización de diagnósticos de problemas y corrección de éstos, implantación de actualizaciones, operar como interlocutor con el cliente, etc.) y el productor del *software* realiza los servicios de segundo nivel (suministro de las correcciones, realización de parches que no es capaz de realizar el distribuidor, etc.). A estos contratos de distribución nos vamos a referir a continuación.

## 6. CONTRATACION EN LA ETAPA DE DISTRIBUCION DEL SOFTWARE

En la mayoría de las ocasiones, entre la empresa productora del *software* y el usuario final, se interponen otras empresas que participan de modo variado en la cadena de valor del *software*.

Puede ocurrir, en un extremo, que el distribuidor se limite meramente a recibir los programas informáticos y a licenciarlos al usuario final, o puede ser, en el otro extremo, que el distribuidor sea a su vez un productor de *hardware* que adapta los productos de *software* que distribuye, al objeto de hacerlos compatible con sus propios productos de *hardware*, comercializando posteriormente de forma conjunta los dos tipos de producto.

Las características del *software* a distribuir (sistema operativo, *software* de aplicación estándar de gran consumo, *software* a medida del cliente, ...) determinarán en gran medida el tipo de canal de distribución a utilizar (distribución exclusiva, distribución selectiva, agentes, ventas directas, ...) y las características del distribuidor correspondiente, ya que muchos productos requerirán de distribuidores altamente especializados, mientras que para otros programas esa especialización no será necesaria, pero sí que se buscarán otras cualidades diferentes.



En el contrato de distribución habrá que contemplar muchas cuestiones, de las que nosotros sólo vamos a apuntar algunas; así por ejemplo, habrá que tener presente, entre otros aspectos: (1) si se trata de una licencia de distribución exclusiva o no; (2) si el distribuidor puede a su vez nombrar a otros distribuidores o sólo puede sublicenciar al usuario final; (3) cuáles son los programas objeto del acuerdo; (4) qué productos de *hardware* son compatibles con éstos; (5) si se entrega al distribuidor una copia del programa en código fuente o no; (6) en caso afirmativo, si el distribuidor tiene permiso o no para modificar el código fuente; (7) en caso de que lo tenga, si debe pagar algún royalty por cada copia de *software* modificado que venda; (8) cuál es el precio estipulado; (9) si se le entregará o no al distribuidor una copia maestra de programa para que realice copias y las distribuya; (10) si existe o no algún compromiso de compra mínimo; (11) si se concede alguna licencia de marcas de la casa de *software*; (12) cuáles son las obligaciones de confidencialidad de las partes; (13) cuál es el régimen de garantía y responsabilidad por defectos del *software*; (14) quién garantiza la compatibilidad de los productos de *software* y *hardware*; (15) cuál es la documentación que acompañará al producto; (16) quién prestará soporte al usuario del *software*; (17) cuáles son las obligaciones de soporte de primer y segundo nivel; (18) cuáles son las causas de terminación del contrato; (19) cuáles son los términos de la licencia de *software* que debe concertar el distribuidor con los usuarios finales, etc. .

Otro de los aspectos que hay que tener presente en los contratos de distribución de *software*, es el de no incurrir en acuerdos que pudieran considerarse como restrictivos de la competencia; así por ejemplo, habrá que tener en cuenta la existencia de cláusulas como las que indicamos a continuación, que según las circunstancias (canal de distribución elegido, tamaño del mercado del *software* de que se trate, etc.) podrían entenderse como contrarias a la normativa española o comunitaria sobre defensa de la competencia: (1) prohibición de que el distribuidor comercialice otros productos de *software* competidores; (2) prohibición de sublicenciar el *software* a determinados clientes, que quedan reservados a la casa de *software*; (3) determinación de los precios a los que el distribuidor debe sublicenciar el *software*; (4) obligación de sublicenciar el *software* conjuntamente con determinado producto de *hardware*, cuando esta obligación no se deba a circunstancias técnicas; (5) prohibición de realizar ventas pasivas fuera del territorio que se ha asignado en exclusiva al distribuidor; (6) la imposición de restricciones territoriales al margen de un canal de distribución exclusiva o de agentes; etc.

## 7. OTROS CONTRATOS DE SOFTWARE

### 7.1.- *Contratos de transformación del software*

Este tipo de contratos constituiría un caso particular de contrato de desarrollo de *software*, en el que se parte de un programa preexistente, de cuya modificación resulta un programa diferente, que se denomina “programa derivado”, cuyos derechos de propiedad intelectual corresponden a la persona que ha transformado el programa preexistente, pero sin perjuicio de los derechos de creador de éste.

El derecho de transformación del *software* ocupa un lugar destacado entre los derechos exclusivos de la explotación del programa por parte de quien sea su titular. Este derecho incluye la facultad de realizar o autorizar la traducción, adaptación, arreglo o cualquier otra transformación del programa de ordenador y la reproducción de tales actos.

De este modo, hay que tener muy en cuenta la necesaria autorización del titular correspondiente para poder realizar actos tales como la conversión o traducción del programa de ordenador a otro lenguaje de programación, la adaptación de un programa a un sistema operativo o a un tipo de ordenadores diferentes de aquel para el que se creó, o la ingeniería inversa de un programa, consistente en la descompilación del código objeto del programa para obtener el código fuente (con las excepciones contenidas para la descompilación en el artículo 6 de la Ley 16/1993).

Los contratos que tengan por objeto la transformación de un programa de ordenador pueden celebrarse entre personas con diferente posición jurídica, ya que puede ser que en los mismos intervenga el titular de los derechos de explotación sobre el *software*, o se suscriba entre licenciatarios del *software* y un tercero; en este último caso, este tercero deberá asegurarse de que el licenciatario está autorizado, en virtud de su licencia, a realizar las modificaciones contratadas.

Un supuesto de contrato de transformación de *software* son los denominados acuerdos de migración de *software*,<sup>27</sup> muy frecuentes en la práctica, y que tienen por objeto la adaptación de determinado programa de ordenador para que pueda operar en un sistema operativo o para un tipo de ordenadores determinado, diferente de aquel para el que fue creado originariamente.

■ 27 Se corresponden con las denominaciones contractuales anglosajonas de *software conversion agreement* o *porting agreement*.

Este tipo de acuerdos se suelen suscribir entre la empresa creadora del *software* y un fabricante de productos de *hardware*, al objeto de que ambos se vean beneficiados al ampliar las posibilidades de comercialización de sus productos.

Las tareas de conversión normalmente son por cuenta de la empresa de *software*, a cuyo fin la empresa de *hardware* le proporciona información sobre la arquitectura concreta de sus productos de *hardware*, en cuyo caso la empresa de *software* retendría la titularidad sobre el programa originario y el programa derivado. Sin embargo, en otras ocasiones, son los fabricantes quienes suscriben con la creadora del programa una "licencia de conversión y distribución de *software*", en virtud de la cual la empresa de *software* le hace entrega del código fuente correspondiente, autorizándola a que lo modifique y distribuya el programa derivativo resultante conjuntamente con sus productos de *hardware*. En estos casos, será la empresa de *hardware* la que devenga titular de los derechos correspondientes al programa derivado, sin perjuicio de los derechos de la empresa de *software* sobre el programa base (cfr. art. 4. apartado c de la Ley 16/1993).

Un supuesto contractual que se plantea bastante en la práctica, y que puede ser fuente de conflicto a la vista de la normativa introducida por la Ley 16/1993, son los contratos de transformación de *software* que se suscriben entre el usuario del mismo y un tercero, al objeto de transformar un programa a fin de hacerlo compatible con otro o de adaptar el programa a determinadas necesidades del cliente, etc.

En estos casos, conforme al régimen contenido en el artículo 99.4. de la LPI, que establece que "no constituye transformación, ..., la adaptación de programa realizada por el usuario para la utilización exclusiva por el mismo", podría parecer que no se precisa la autorización del licenciante para modificar el *software*, siempre y cuando el programa resultante de la modificación sea utilizado exclusivamente por el usuario.<sup>28</sup> Sin embargo, se plantean dudas sobre la vigencia de esta disposición normativa.

Por un lado, podría mantenerse que este artículo ha sido tácitamente derogado por la Ley 16/1993, ya que su artículo 5.1 limita la facultad de transformar el programa únicamente a aquellos supuestos en que sea *necesario* para la utilización del programa por parte del usuario legítimo, con arreglo a su finalidad propuesta. *A sensu contrario*, se entendería que, fuera de los supuestos del artículo 5.1. de la Ley 16/1993, no sería posible proceder a la modificación del

■ 28 La doctrina se encontraba dividida al objeto de considerar esta norma bien como derecho dispositivo, derogable por la voluntad de las partes recogida en la licencia de uso, o bien como derecho necesario, en consecuencia no derogable.

software, salvo autorización expresa del licenciante. Además, dicho artículo 5.1. admite la posibilidad de que se excluya incluso por pacto contractual la facultad de adaptar el programa cuando esa adaptación es necesaria para el uso del programa, por lo que el usuario no podría modificar el programa, en ningún supuesto (con las excepciones del artículo 6 de la Ley 16/1993), en caso de existir este pacto.

Por ello, el usuario del *software*, antes de iniciar cualquier transformación del mismo o de contratar a terceros dicha transformación, deberá tener muy en cuenta los términos de su licencia de *software*, al objeto de verificar si está autorizado por el titular de los derechos de explotación para la realización de tales modificaciones o si resulta autorizado para ello conforme a los artículos 5.1. y 6 de la Ley 16/1993.

Por otro lado, es posible argumentar que el artículo 99.4 lo que hace precisamente es delimitar un supuesto que no se considera como transformación de un programa y que, en consecuencia, no le afectaría el artículo 5.1. de la Ley 16/1993 que, a *sensu contrario*, prohíbe precisamente la transformación, supuesto ante el que no se está en el caso de “adaptación del programa realizada por el usuario para la utilización exclusiva por el mismo” (artículo 99.4. de la LPI)

Caben otros argumentos adicionales a los expuestos, que no vamos a exponer por no ser objeto de este trabajo; habrá que esperar al texto refundido de la LPI, que zanjará definitivamente las dudas sobre la vigencia del artículo 99.4. de la LPI<sup>29</sup>.

## 7.2.- Contratos de integración de sistemas informáticos.

Quizá uno de los contratos más complejos que existen en la contratación informática es el denominado “contrato de integración de sistemas”, “contrato de sistemas llave en mano” o “contrato de proyecto”, en virtud del cual, una empresa informática se obliga a suministrar e instalar determinado sistema informático al cliente, de conformidad con las especificaciones y programa de entregas que se pacte, así como a la prestación de determinados servicios adicionales.

Este contrato no pertenece en sentido estricto a la categoría de contratos de *software*, pero vamos a tratarlo, aunque sea brevemente, por el componente de *software* que tiene, ya se trata de una modalidad contractual que incorpora de

■ 29 La Exposición de Motivos de la Ley 16/1993, establece que son escasas las modificaciones que dicha Ley introduce en el sistema de la LPI, y que está previsto que las mismas queden clarificadas, regularizadas y armonizadas en el texto refundido que el Gobierno habrá de dictar en materia de Propiedad Intelectual.

forma conjunta un suministro de productos de *hardware*, una licencia de productos de *software*, la instalación y puesta en funcionamiento del sistema y el soporte posterior del mismo, tanto del *hardware* como del *software*.

A ello hay que añadir que en estos contratos el *software* nunca es un *software* estándar, sino que se compone de diversos programas de *software*, muchos de los cuales han sido objeto de desarrollo específico para el cliente, otros han sido adaptados especialmente para el mismo y otros (el sistema operativo y pocos más) son estándar, licenciados por la empresa informática para posteriormente sublicenciarlos al usuario.

Con mucha frecuencia, la empresa informática debe acudir a subcontratista para que cooperen en la implantación del sistema, prestando determinados servicios de consultoría, aunque la empresa informática aparecerá como contratista único frente al cliente de que se trate.

La experiencia demuestra que es mejor, tanto para el cliente como para la empresa informática, la división del proyecto en dos fases contractualmente independientes.

1) La fase de elaboración del documento de especificaciones del sistema, en la que la empresa informática, en colaboración con el cliente, que le irá planteando sus necesidades, determina los componentes de *hardware* y *software* que integrarán el sistema, las funcionalidades que se espera que cumpla el sistema, etc.

2) La fase de implantación del mismo, a partir de dicho documento de especificaciones.

Esta separación garantiza un mejor control del futuro proyecto por parte del cliente y de la empresa informática, y permite definir su coste con mayor exactitud, dado que hasta que no se conoce en detalle las especificaciones que tendrá el sistema, no se podrá determinar con exactitud un precio de proyecto que resulte equilibrado para las dos partes.

Hay que destacar aquí que este tipo de acuerdos se configura como un contrato de arrendamiento de obra, en el que la empresa informática se compromete a un resultado (la entrega de un sistema informático conforme con las especificaciones aprobadas por las partes), por lo que la concreción de las pruebas de aceptación del sistema tienen una importancia fundamental, y han de estar concretadas en el contrato de la forma más objetiva posible, al objeto de que se pueda determinar fiablemente si hay cumplimiento o incumplimiento en la consecución de ese resultado.

### 7.3.- Contratos de depósito.

Conocidos en la industria informática como “acuerdos de *escrow*”, constituyen un tipo de contrato sobre *software* que se ha utilizado en España en ocasiones muy limitadas, pero que cada vez se empieza a emplear más por los distribuidores y usuarios del *software*, al objeto de garantizar en cierta forma el soporte del mismo.

En este tipo de contratos, se prevé que la casa de *software* deposite en manos de un tercero los códigos fuente y objeto del programa, así como toda la documentación necesaria para que el distribuidor o el cliente puedan continuar soportando el *software* en caso de que la empresa que lo desarrolló desaparezca o incumpla las obligaciones de soporte que tiene contraídas con el licenciatario o el distribuidor del *software*.

Al objeto de que el contrato de *escrow* pueda resultar de utilidad práctica, es necesario que entre el material depositado esté el programa en código fuente, los listados de *software*, las especificaciones funcionales y cualesquiera otros materiales y documentación, en soporte escrito o magnético, que sea necesaria y suficiente para que un programador independiente pudiera entender, modificar, corregir, soportar y, en su caso, mejorar el *software* correspondiente. Además será necesario que esos materiales se vayan renovando conforme la casa de *software* desarrolle nuevas actualizaciones o versiones del programa, para lo que a su vez se requiere que el depositario sea una entidad que cuente con los recursos técnicos necesarios para verificar la autenticidad y suficiencia de los materiales depositados en cada momento.

Se trata de un acuerdo tripartito, suscrito por el depositario, el creador del *software* y el licenciatario o el distribuidor del *software*, según los casos, en el que habrá que indicar de una forma totalmente objetiva los supuestos en que el distribuidor o el licenciatario podrá tener acceso a los materiales depositados, así como cuáles son estos materiales, cómo se renovarán, cuáles serán las pruebas a realizar para verificarlos, qué obligaciones de confidencialidad asume cada una de las partes, por cuenta de quién será el precio que haya que abonar al depositario y cuál será ese precio, etc.

No obstante lo anterior, la práctica demuestra que este tipo de acuerdos la mayoría de las veces son poco útiles, por la inexistencia de depositarios técnicamente cualificados que al mismo tiempo pueden ejercer funciones de arbitraje, o porque el *software* depositado carece en ocasiones de valor práctico si no se tiene acceso a los ingenieros que escribieron su código o por otros motivos diversos.

## 8. CONSIDERACIONES FINALES

A lo largo de las páginas anteriores hemos efectuado un pequeño recorrido por diversas clases de contratos, que se emplean como instrumentos jurídicos reguladores del tráfico mercantil del *software*.

Sin embargo hemos de advertir que la práctica comercial informática es mucho más rica, existiendo gran variedad de modalidades contractuales que no hemos tratado en este trabajo. Se plantean así, licencias de *software* recíprocas, acuerdos de evaluación de *software* con opción de licencia, etc. Además de esto, en la práctica, son escasas las ocasiones en que nos encontramos en estado puro uno de los contratos antes expuestos. Lo normal es que en un mismo contrato confluyan varios tipos negociales; así por ejemplo, la venta de productos de *hardware*, la licencia de productos de *software* y la prestación de servicios de mantenimiento de *hardware* y *software* suelen aparecer en el mismo documento contractual.

Por ello queremos hacer constar que no ha estado en nuestro ánimo el ofrecer una exposición exhaustiva de todos y cada uno de los contratos que se manejan en la industria del *software*. Nuestra intención al realizar este trabajo era mucho más modesta, y no iba más allá de facilitar al lector el conocimiento de los contratos que pueden plantearse sobre el *software* y de las peculiaridades técnicas que surgen de los mismos, con una orientación eminentemente práctica, que huye de la formulación de elegantes construcciones jurídicas inéditas y trata de facilitar ese conocimiento con ideas y conceptos claros; esperamos que este objetivo se haya logrado.

