

Copy left

Hacia nuevas perspectivas
en la protección de la propiedad intelectual

ELENA GARCÍA CARPALLO

GDRET

ÍNDICE

I. EL COPYRIGHT.....	3
II. EL COPYLEFT.....	6
I. CONCEPTO Y FUNDAMENTOS.....	6
II. ORIGEN: EL PROYECTO GNU Y LA FREE SOFTWARE FOUNDATION.....	7
III. TIPOS DE COPYLEFT.....	9
(A) PARCIAL O COMPLETO.....	9
(B) FUERTE O DÉBIL.....	9
III. ASPECTOS CONTRACTUALES DE LAS CLÁUSULAS COPYLEFT.....	10
I. EL COPYLEFT ANTE EL PRINCIPIO DE RELATIVIDAD CONTRACTUAL.....	10
II. EL LLAMADO EFECTO VÍRICO DEL COPYLEFT.....	14
III. LA DISMINUCIÓN DE LA ACEPTACIÓN CONTRACTUAL.....	15
IV. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL COPYLEFT EN ESPAÑA.....	18
ANEXO: BIBLIOGRAFÍA.....	20

I. EL COPYRIGHT

En la medida en que el *copyright* es considerado el método protector de la propiedad intelectual opuesto, por antonomasia, al *copyleft*, es preciso realizar una breve exposición del mismo para comprender dichos caracteres distintivos y por qué, a modo de respuesta, surge este último.

En primer lugar, debe hacerse notar que tradicionalmente en el derecho continental (dentro del cual se incardina el español) se habla de derecho de autor, puesto que *copyright* hace referencia a una concepción sobre la propiedad intelectual ligeramente distinta, originaria del derecho anglosajón o *common law* y emanada de una norma (*Copyright Act*, 1976). Así, mientras que la noción de *derecho de autor* abarca un concepto global, que configura dicho derecho con base en una percepción conexas, inseparable, del vínculo entre el autor y la obra, el concepto de *copyright* es más limitado. Pues, aunque su eventual alcance sea igualmente extenso, se centra exclusivamente en la protección de la obra como ente en sí mismo, rechazando cualquier tipo de consideración relativa a la conexión del autor con ésta que vaya más allá del reconocimiento de la paternidad.

De este modo, comúnmente se define al *copyright* como un “*derecho de copia*”¹ (“*right to copy*”), que se ve reforzado por el derecho del autor a ser reconocido como tal (derecho moral²) y a determinar las posibles modalidades de utilización y distribución de la obra (derechos de explotación).

Su aceptación dentro del ordenamiento jurídico español viene dada por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de la Propiedad Intelectual³. El art. 17 de la citada norma reconoce el derecho del autor de ejercer exclusivamente “*los derechos de explotación de su obra en cualquier forma*”; y más adelante, en el artículo 146, se concreta esta posibilidad al admitir que el titular de los derechos de explotación sobre una obra pueda “*anteponer a su nombre el símbolo (c)*”, esto es, el símbolo distintivo del *copyright*.

1 Aquí, la expresión “*derecho de copia*”, en referencia al *Copyright*, es una traducción literal. Por ello, y a pesar de que en otros países de derecho continental o *civil law*, como en Italia, se utilice en el mismo sentido que el término anglosajón, en este trabajo y de ahora en adelante se hará referencia a todos esos derechos bajo el término de derechos de autor o derechos de propiedad intelectual, más genéricos y que no son susceptibles de generar confusión alguna con el derecho a la copia privada *stricto sensu*. Sin embargo, tal referencia ha de entenderse en todo momento en su vertiente relacionada con la noción de *copyright*, por cuanto se trata de contraponerlo al *copyleft* para una mejor comprensión de este último.

2 Los derechos morales comprenden tanto este como el derecho de preservación de la integridad de la obra o derecho del autor a oponerse a cualquier modificación realizada sobre ésta. Así lo reconocen tanto el art. 6 *bis* del Convenio de Berna como el art. 14.3 y 14.4 de nuestra Ley de Propiedad Intelectual.

3 De ahora en adelante, “LPI”.

Pero según la LPI, y siguiendo el modelo continental, el autor no sólo es titular de los derechos morales sobre su obra, que como se ha explicado comprenden la facultad de ser reconocido como tal (derecho de reconocimiento de autoría, que además es inalienable⁴). Muy al contrario, la protección legal se extiende a los llamados derechos de explotación del autor -contenidos en el citado art. 17-, como el derecho de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, y que sin perjuicio de los casos en los que la Ley establezca lo contrario “no podrán ser realizados sin su autorización”. Estos derechos, además, se extienden no sólo al autor, sino también a los adquirentes de los mismos en caso de cesión.

De este modo se comprende cómo el *copyright* es fácilmente aceptado por la legislación no ya española, sino continental en general, puesto que los derechos patrimoniales protectores de la propiedad intelectual que contempla la tradición europea son bastante cercanos a los de esta figura característicamente anglosajona. En todo caso, aunque la legislación española acepta la utilización del *copyright*, que por otra parte se encuentra profundamente implementada en la práctica, una obra sujeta al ámbito de aplicación de la LPI y protegida por los derechos de autor concederá a éste todos los derechos ya referidos, aun cuando en la noción de *copyright* estos no se encuentren vinculados al autor en sí mismo, pues se trata de normas de carácter imperativo (*erga omnes*).

Sin embargo, aun cuando todos estos derechos y garantías hacia el autor puedan ser deseables en una infinidad de casos, también es posible que en muchos otros representen, más que una ventaja, un obstáculo. Porque, en un mundo global y permanentemente cambiante como el nuestro, la protección ofrecida por el derecho de autor o *copyright* puede adolecer de excesiva rigidez: según la Convención de Berna, la protección de las obras no podrá prolongarse hasta menos de 50 años después de la muerte del autor, y este hecho dificultará la reproducción y modificación de la obra, ya que se prohíbe toda vez que no cuente con la autorización expresa del mismo.

La dificultad de difusión y, sobre todo, de modificación de las obras que ofrece el *copyright* puede ser considerada un gran obstáculo en cuanto al avance de la creación e incluso con respecto al progreso, principalmente ideológico (a modo de ejemplo, piénsese en la modificación y mejora de teorías científicas). Ello no significa la eliminación de los derechos y garantías del autor en aras del progreso, sino más bien el desarrollo de su derecho a decidir el modo de distribuir su obra, de modo que sea el propio autor quien considere cuándo y de qué modo prefiera sacrificar alguno de estos derechos en favor de un beneficio común⁵ que, sin conllevar la pérdida de sus derechos morales -e incluso otros tantos, como veremos a continuación-, pueda resultarle mejor. Y el carácter rígido del

4 El art. 14 LPI establece los contenidos que comprenden los derechos morales, definiéndolos como “irrenunciables e inalienables”. Cfr. nota 2.

5 En ningún caso, empero, debe identificarse esta idea con la de gratuidad, pues lo que pretenden estas nuevas iniciativas es que prime la libertad del autor -tienda ésta hacia la gratuidad o no. Así, en el manifiesto GNU puede leerse que, aunque “(...) la gente interpreta a menudo que se dice que las copias de GNU deberán ser siempre distribuidas a un costo bajo o sin costo”, “ésta nunca fue la intención”, pues debe distinguirse entre “free [libre] en el sentido de libertad y “free” [gratis] en el sentido del precio”.

copyright debe entenderse especialmente perjudicioso con respecto a las obras de tipo tecnológico, que desde el surgimiento de la era digital evolucionan a un ritmo frenético e incesante: véase por ejemplo la creación de software, aplicable a todo tipo de programas informáticos, donde la búsqueda de mejoras lo más rápido y flexiblemente posible puede hacer que formas tradicionales de protección de la propiedad intelectual, como las ya comentadas, no sean lo más adecuado⁶.

Es imperativo, pues, el desarrollo y surgimiento de nuevas iniciativas en el ámbito de la protección de la propiedad intelectual que se adapten a las nuevas tendencias y circunstancias, resultando más beneficiosas tanto para los nuevos creadores y el público en general como para los autores. Y es aquí donde entra en juego el *copyleft*.

⁶ Stallman, creador del concepto *copyleft*, afirma que sus principales objetivos son "(...) difundir la libertad y la cooperación. Quiero alentar la difusión del software libre, reemplazando el software privativo que prohíbe la cooperación, y así mejorar nuestra sociedad". Vid. STALLMAN, Richard; *Copyleft: idealismo pragmático* [en línea].

II. EL COPYLEFT

I. CONCEPTO Y FUNDAMENTOS

El término *copyleft* surge como un juego de palabras del vocablo inglés *copyright*, compuesto por las palabras *copy* ("copia") y *right* ("derecho", pero también "derecha"). Por su parte, el término "*left*" también posee un doble significado, ya que puede referirse tanto a "izquierda" como al participio del verbo soltar, "*suelto*". De este modo, al enfrentar ambas locuciones lo que se pretendió fue manifestar una oposición radical entre ellas, poniendo de relieve una ideología y una concepción de la propiedad intelectual completamente antagónicas: la determinación del autor de dejar "*suelta*" su obra, libre de la protección ofrecida por el *copyright*. No existe traducción exacta en nuestra lengua que pueda transmitir el preciso significado, así como sus implícitas connotaciones ideológicas, del término *copyleft*, que aunque se ha tratado de traducir mediante la expresión "izquierdo de autor"⁷ no consigue abarcar la doble intencionalidad de la palabra *left*.

En todo caso, se considera que el *copyleft* es una cláusula que, aplicada a una licencia libre, impone a las sucesivas copias, modificaciones y cualquier otro tipo de obras derivadas la obligación de distribuirse bajo una licencia idéntica o similar. Supone un modelo de gestión de los derechos de autor mediante el cual éste autoriza al público a utilizar, distribuir y modificar libremente su obra, pero con la condición principal de que, en caso de redistribución de la misma, lo hagan necesariamente bajo el mismo régimen jurídico (habitualmente, bajo la misma licencia). Esta no tiene por qué ser, tal y como se verá en seguida, la única condición del *copyleft*, pero desde luego sí es la más notoria y característica.

Lo que se consigue con semejante cláusula, una vez que el autor decide aplicarla, es garantizar el carácter libre no sólo de la obra, sino también de sus posibles derivados. Se pretende así preservar las libertades de uso, distribución y modificación, así como los principios ideales bajo los que se concibe el *copyleft*.

Richard Stallman, creador del concepto, define las condiciones mínimas o "libertades" que este tipo de licencias deben cumplir para considerarse tales⁸:

- Libertad 0: la libertad de utilizar la obra para cualquier propósito

⁷ Traducción validada por las instituciones de la Unión Europea (Boletín de traducción española en las instituciones de la Unión Europea, núm. 98, mayo/junio 2006). También éstas señalan los obstáculos que tendría para su aceptación, sobre todo porque el término *copyright* ya se encuentra ampliamente implementado y consolidado en nuestra lengua. Parece ser, pues, que el término *copyleft* se mantendría sin traducción alguna al español, al igual que ha sucedido con otros conceptos jurídicos como el *leasing* o el *renting*.

⁸ Vid. el apartado "filosofía" en la página web oficial del proyecto GNU, en el cual se incardina el *copyleft*: <http://www.gnu.org/home.en.html>

- Libertad 1: la libertad de modificar la obra para cualquier propósito
- Libertad 2: la libertad de redistribuir copias de la obra
- Libertad 3: la libertad de distribuir copias de las versiones modificadas de la obra⁹

Adicionalmente pueden imponerse otras condiciones para resguardar y blindar las libertades anteriores, y que suelen consistir en imponer como requisito la no revocabilidad de las condiciones del *copyleft* y en exigir que la puesta a disposición tanto de la obra original como de sus derivadas se haga de modo tal que sus ulteriores modificaciones no ofrezcan obstáculos: esto hace referencia, en especial, a las creaciones de *software*, para cuya modificación es necesario también poner a disposición el código fuente.

En España, el *copyleft* está garantizado, del mismo modo que el *copyright*, por el referido art. 17 LPI, que otorga al autor una total discrecionalidad para decidir el modo y forma de ejercer sus derechos de explotación de la obra: el término “*en cualquier forma*” se extiende también, por lo tanto, a esta cláusula.

Por último, algunos ejemplos de licencias libres que utilizan el *copyleft* como cláusula serían, para *software*, la GNU-GPL o la GNU-LGPL; para *hardware*, la CERN o la TAPR¹⁰; y para el resto de obras la Creative Commons (CC) o la GNU-FDL. El espectro de posibilidades es, en suma, bastante amplio.

II. ORIGEN: EL PROYECTO GNU Y LA FREE SOFTWARE FOUNDATION

El origen, y también la causa de que surgiera este nuevo modo de proteger la propiedad intelectual, guarda estrecha relación con el mundo de la programación informática. Más concretamente, es preciso indagar en el nacimiento del llamado Proyecto GNU, a finales de los años setenta, para comprender los motivos que inspiraron lo que hoy en día se conoce como *copyleft* y que dieron forma a sus principios.

Es en esa época cuando Richard Stallman se encontraba desarrollando un software que captó el interés de la compañía Symbolics; éste se comprometió a proporcionárselo bajo dominio público, pero más tarde, después de que la empresa ampliara y mejorara el original, se le negó el uso de las versiones modificadas¹¹.

⁹ Para asegurar que una obra derivada sea distribuida bajo las mismas condiciones, y se garantice así la libertad y libre difusión de ésta, no basta con estas cuatro libertades básicas: es por ello por lo que se aplica la cláusula *copyleft*, que viene a asegurar que el propietario de la obra derivada o modificada la distribuirá bajo el mismo tipo de licencia

¹⁰ Creada por John Ackermann, fue diseñada expresamente para aplicarse con la cláusula *copyleft* a las obras de *hardware*.

¹¹ Según Stallman, “a Symbolics se le ocurrió un plan. Dijeron al laboratorio: «seguiremos permitiéndoles que usen nuestras modificaciones al sistema, pero no podrán instalarlas en la máquina Lisp del MIT. En su lugar, les daremos acceso al sistema de la máquina Lisp de Symbolics, y podrán ejecutarlo, pero eso será todo lo que podrán hacer.»”.

Entonces, Stallman decidió crear un software que fuera controlado exclusivamente bajo los principios del movimiento del software de código abierto, y que constituiría una firme alternativa al software privativo. Su motivación era conseguir que se tuviera acceso al código fuente, necesario para efectuar mejoras y desarrollar el software original, y creía que esta garantía supondría una mejor distribución del software, que dejaría de estar en manos de unos pocos ¹².

El primer paso fue crear un sistema operativo sobre el que se pudiera ejecutar dicho software y que, a diferencia del entonces existente (UNIX), fuera también libre¹³: nace el GNU¹⁴. Sin embargo, para garantizar los nuevos principios sobre los que pretendía erigir este nuevo sistema, era requisito indispensable que éste fuese distribuido también bajo una licencia que evitase posteriores restricciones; por ello, Stallman decide crear la licencia GNU General Public License (GNU GPL)¹⁵, que se convierte en la primera en utilizar la cláusula *copyleft* para uso general, dado que todo usuario puede utilizarla para proteger cualquier tipo de obra intelectual¹⁶.

Esto significó un importante avance, pues desde entonces todos los trabajos derivados de una obra protegida bajo la licencia GNU GPL sólo podrían ser distribuidos bajo los términos de la misma o, en todo caso, bajo unos términos que no incluyeran mayores restricciones que las contenidas en la GPL. Así, si se distribuyeran copias de la obra sin contemplación de los términos contenidos en la GPL, el titular de los derechos de autor podría emprender acciones legales. De este modo, el *copyleft* se amparó en el marco legal existente para crear un nuevo modo de contemplar la propiedad intelectual, que culminaría en la creación de la Free Software Foundation (FSF)¹⁷.

STALLMAN, Richard; *Mis experiencias con Lisp y el desarrollo de Emacs de GNU* [en línea]. Pereira, Rafael (trad.).

12 Es lo que Stallman denomina acaparamiento de software o “*software hoarding*”. A este respecto, *vid.* STALLMAN, Richard; *Why software should be free* [en línea].

13 Es importante diferenciar entre los conceptos de software libre (“*free software*” o “*libre software*”), software gratuito (“*freeware*”) y software de código abierto (“*open source*”), pues aunque puedan parecer idénticos guardan importantes diferencias entre sí. Así, el *freeware* no implica el acceso al código fuente ni la redistribución del software, puesto que lo único que pone de manifiesto es su gratuidad, si bien reteniendo los derechos de autor. Por su parte, el software libre -que, al igual que el *open source*, no tiene por qué ser gratuito- sí incluye el derecho a la redistribución, copia, modificación y estudio del mismo una vez adquirido, por lo que se pone el énfasis en la libertad del usuario en lugar de en el concepto de gratuidad. La principal diferencia entre *open source* y software libre, por su parte, radica en que el primero permite siempre el acceso al código fuente, mientras que para el segundo no es un requisito indispensable.

14 Que literalmente significa “GNU no es Unix” (“*Gnu [is] Not Unix*”).

15 Aunque habitualmente se la domine “licencia”, y a pesar de que en el *common law* se distingue doctrinalmente entre licencias y contratos, es importante recordar que en el derecho continental la licencia no es más que un contrato – pues cede determinados derechos al usuario-, por lo que es común referirse a ella como contrato de licencia o acuerdo de licencia. A este respecto, y para ahondar más en la cuestión, *vid. infra* §3: “*El Copyleft ante el principio de relatividad contractual*”.

16 Existen algunos antecedentes a la licencia GNU GPL, tales como la GNU Emacs o la GNU Compiler, pero que a diferencia de ésta estaban diseñadas para ser utilizadas en un programa específico, siendo incompatibles para cualquier otro uso. Ver STALLMAN, Richard; *The GNU Project* [en línea].

17 “Fundación para el Software libre”, fundada en el año 1985 (prácticamente a la par que se crea el *copyleft* como lo conocemos hoy) con el propósito de promover las nuevas ideas en torno a la libre difusión, especialmente en relación

La Free Software Foundation se ha constituido en el núcleo promotor de las licencias GNU GPL y de los principios que inspiran el *copyleft*, impulsando un nuevo modo de concebir la propiedad intelectual que ya ha rebasado, con mucho, la esfera de lo informático.

III. TIPOS DE COPYLEFT

Una vez examinado su origen y los principios bajo los que fue creado, es importante hacer notar que dichos principios pueden ser exigidos en la cláusula *copyleft* con mayor o menor rigurosidad. Y, en función de ello, se distingue entre dos formas de aplicarlo:

(A) PARCIAL O COMPLETO

Se considera que el *copyleft* es completo en tanto que permita que todas las partes de una obra puedan ser modificadas en lo sucesivo por otros autores –esto es, cuando la obra está sujeta al *copyleft* en su totalidad. En cambio, un *copyleft* parcial restringe este derecho, pues supone que algunas partes de la obra no estén expuestas a ello y queden de algún modo exentas de los principios o libertades que lo inspiran.

(B) FUERTE O DÉBIL

El *copyleft* se considera fuerte cuando los requisitos exigidos a las obras derivadas obliguen a aplicar a su vez las mismas condiciones de la licencia, esto es, que se cumpla efectivamente la máxima que inspira el *copyleft* de que todas las obras derivadas habrán de seguir, al menos, un régimen de limitaciones en cuanto a su modificación y distribución igual al de la obra original. La licencia GNU GPL se incardina, sin duda, dentro de esta tipología.

Por contra, el concepto de *copyleft* débil se utiliza sobre todo en las licencias de bibliotecas de software, en las que las condiciones de la licencia de la obra original no se extienden necesariamente a todos los trabajos que deriven de ella. De este modo, programas con otros tipos de licencias pueden ser compilados y enlazados con este tipo de bibliotecas. No obstante, se trata de un tipo de *copyleft* menos utilizado en la práctica, por cuanto se reserva habitualmente a ámbitos muy específicos y resulta menos interesante para un ámbito general¹⁸.

con obras de *software* informático, pero que más adelante se extenderá a otros ámbitos.

18 Es interesante hacer notar la flexibilidad del *copyleft* y su variedad de aplicaciones posibles, resaltando de este modo la mayor libertad del autor, en relación con el *copyright*, para decidir acerca de los derechos relativos a su propiedad intelectual y cómo ejercerlos más adecuadamente.

III. ASPECTOS CONTRACTUALES DE LAS CLÁUSULAS COPYLEFT

I. EL COPYLEFT ANTE EL PRINCIPIO DE RELATIVIDAD CONTRACTUAL

Hasta el momento, se ha venido hablando del *copyleft* como de una *cláusula*. Una cláusula que, aplicada a una licencia libre¹⁹, da lugar a que las obras derivadas se distribuyan bajo las mismas condiciones que la obra original, y en todo caso sin mayores limitaciones. De este modo, resulta notorio que el *copyleft*, al ser una cláusula, se encuentra integrado dentro de otro elemento, en este caso una licencia.

Pero ¿qué es una licencia? ¿Se trata de un contrato o de otro tipo de documento? De modo genérico, una licencia es un documento que expresa la voluntad del autor sobre los límites y alcances del uso y disfrute que pueden ejercer otros con respecto a los derechos de explotación de su obra. En particular, una licencia es una autorización que el titular de los derechos de propiedad intelectual concede a otras personas con relación a su obra. Así, el titular del derecho (licenciante) retiene la propiedad, pero cede a un tercero (licenciataria) el uso o explotación de ciertos derechos sobre la obra en las condiciones en que establezca²⁰. Existen un gran número de licencias, que van desde más restrictivas (<<todos los derechos reservados>>) hasta llegar al dominio público, pasando por otras en las que el autor permite el uso de determinados derechos de la obra.

Para responder a la pregunta, cabe decir que en derecho español la licencia adopta la forma de un contrato (licencia contractual o de uso). Así lo confirma la propia LPI, que en su art. 45, al requerir que la cesión del uso de los derechos se realice por escrito, puntualiza expresamente que, en caso de que el cesionario incumpliere tal exigencia del cedente, "(...) el autor podrá optar por la resolución del **contrato**". Se trata, pues, de un contrato de cesión que el licenciante-cedente puede resolver en caso de incumplimiento.

Sin embargo, la distinción anglosajona entre contrato y licencia conlleva consecuencias importantes, y así lo ha entendido la Free Software Foundation, que defiende que la GNU GPL es una licencia, y en ningún caso un contrato²¹. Se trata, no obstante, de una grave contradicción: a pesar de querer calificar la GNU GPL como

19 Para simplificar la exposición, y ya que se trata no sólo de la primera, ideada a tal fin, sino de la licencia más utilizada conjuntamente con la cláusula *copyleft*, por *licencia* debe entenderse en este apartado a la GNU GPL (GNU General Public License).

20 Con excepción, en todo caso, de los derechos morales. *Vid.* notas 2 y 4.

21 Free Software Foundation, GNU General Public License: Discussion Draft 1 of Version 3, §9 (16 de enero de 2006), visto en Web (<http://gplv3.fsf.org/gpl-draft-2006-01-16.html>): "No se requiere la aceptación de esta Licencia para recibir una copia del Programa. Sin embargo, nada más le garantiza el permiso de distribuir o modificar el Programa u otras obras protegidas. Estas acciones infringen el derecho de autor si usted no acepta esta Licencia. Por lo tanto, modificando o distribuyendo el Programa (o cualquier obra protegida), usted expresa su aceptación de esta Licencia para hacerlo, así como todos sus términos y condiciones". La traducción al castellano es mía.

licencia y en ningún caso como contrato, y ello por aducir que la aceptación no es requisito²² -algo sin duda esencial en el contrato-, sin embargo sí la exige para modificar o distribuir la obra. Si es necesaria la aceptación en el segundo caso, entiendo que también lo es en el primero, aunque ésta se encuentre implícita en la acción de solicitar una copia de la obra, utilizarla, modificarla o redistribuirla; esto es, que por ejercer dicha acción se está expresando la aceptación.

Sin embargo, la voluntad de huir a toda costa de la figura contractual se entiende al atender a la importante serie de problemáticas que en caso contrario surge: ¿cuáles son las obligaciones de las partes? ¿cuándo y cómo tienen lugar la oferta y la aceptación? Y ¿qué consecuencias tiene el incumplimiento contractual para las obras derivadas? Todo ello sin eludir la importante cuestión de que contractualmente existen un gran número de regulaciones distintas en el ámbito nacional.

Pero es perfectamente posible dar respuesta a estas cuestiones. Para comenzar, por qué se trata de un contrato y cuáles son sus elementos como tal: nuestro Código Civil especifica, en su art. 1254, que un contrato existe desde que una o varias personas “consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio”, y considera en todo caso que deben concurrir los requisitos de consentimiento, objeto cierto y causa (art. 1261 CC).

En este caso, en la licencia (*contractual*) GNU GPL encontramos dos partes, el licenciante-cedente, que es el propietario de los derechos de autor que pretende ceder, y el licenciario-cesionario, que es quien recibe el uso de éstos. El cedente se obliga a ceder el uso de ciertos derechos al cesionario, que a su vez se obliga a respetar las condiciones y términos en los que puede hacer uso de los mismos (y en este extremo se incluye la obligación, impuesta por la cláusula *copyleft*, de distribuir toda obra derivada bajo la misma licencia que la original²³).

La causa del contrato residiría en la voluntad del propietario de los derechos de autor de dar difusión a su obra y de ceder el uso de algunos de tales derechos a terceros, es decir, de ejercer sus derechos de autor en la forma en que considere más conveniente.

Con respecto al consentimiento, sin embargo, se presentan algunas complicaciones que guardan relación directa con el *copyleft*, pues se impone el principio esencial de la relatividad contractual (“*privity*”): mientras que dichas cláusulas implican la transmisión de obligaciones y derechos a terceros por medio de la licencia, este principio imperativo establece que un contrato no puede, con salvedad de las excepciones expresamente

22 Literalmente: “no se requiere la aceptación de esta Licencia para recibir una copia del Programa”. Vid. nota 21.

23 Con respecto a la obligación de la contraparte, muchos sectores defensores de la idea de las licencias como de un documento no contractual, fundamentalmente en el *common law*, arguyen que no existe obligación alguna, tan sólo una cesión de derechos, y que “la idea de que las licencias de uso (...) de derechos de autor deben ser contractuales es un artefacto de la práctica [jurídica] del siglo veinte, en el cual los licenciantes ofrecen un intercambio de promesas con los usuarios”. Así lo afirman tanto Eben Moglen, consejero general de la Free Software Foundation, y un gran número de autores (vid. JONES, Pamela; *The GPL is a License, Not a Contract*. Trad. Propia).

contempladas, conferir derechos o imponer obligaciones a terceros ajenos al mismo²⁴. Precisamente a causa del principio de relatividad contractual se ha venido cuestionando, no sin razón, la legalidad de las cláusulas *copyleft*: aunque el cesionario, que recibe el uso del derecho, consiente en el acuerdo o contrato realizado con el cesionante, no sucede lo mismo con los sucesivos intervinientes que no reciban la obra directamente de éste (pues habitualmente el cesionario adquiere el derecho a redistribuirla).

Sirva a modo de ejemplo: A ha creado el software XYZ, y se lo vende a B bajo la condición de que todas las obras derivadas de éste se distribuyan bajo la misma licencia (GNU GPL). A continuación, B crea una obra derivada y se la vende a C bajo las mismas condiciones, quien sin embargo las incumple. Naturalmente, B podrá emprender acciones contra C, pero A no podrá hacer lo propio contra C²⁵ porque que no existe relación contractual alguna entre ambos y su obligación proviene de B, no de A²⁶.

¿Existe alguna solución posible al conflicto? A pesar de que no exista un contrato vinculante entre los cedentes y los sucesivos cesionarios, en la práctica el efecto viene a ser idéntico: pues, aunque un tercero que no respete los términos de la licencia no puede infringir el contrato con el autor, ya que tal contrato es inexistente, sí que incurrirá en una infracción de los derechos de propiedad intelectual del mismo²⁷. Y, precisamente por ello, el autor puede ejercer las medidas de protección de sus derechos ofrecidas por la LPI (arts. 138 y ss. LPI) y por la normativa internacional existente. De este modo, si uno distribuye la obra modificada bajo una licencia distinta de la GPL o sin especificar licencia alguna, las modificaciones no estarán permitidas por estar constituyendo una infracción de los derechos de propiedad intelectual del autor.

24 En todo caso, y en nuestro Código Civil, encontramos la figura de la oferta vinculante, según la cual la aceptación de la licencia por medio de su utilización (por el mero uso) es vinculante, perfeccionando el contrato y haciéndolo plenamente efectivo. Se trataría, en este caso, de una aceptación implícita, que se expresaría mediante la utilización, con conocimiento pleno de los términos, de la obra que protege. La oferta vinculante, por lo tanto, podría dar solución a uno de los problemas de la relatividad contractual en las cláusulas *copyleft*.

De hecho, la propia Free Software Foundation parece confirmar esta tesis, dado que en el Preámbulo de la GNU General Public License (versión 3, 2007, disponible en Web <<http://www.gnu.org/copyleft/gpl.html>>) se afirma expresamente que “*al modificar o distribuir una obra protegida, usted expresa su aceptación de esta licencia*”. De modo similar pero más tajantemente se configuran las licencias Creative Commons, que también pueden incluir la cláusula *copyleft* y establecen que “*al ejercer cualquier derecho de la obra aquí expresado, usted acepta y consiente en ser vinculado por los términos de esta licencia*”.

25 Según GUADAMUZ GONZÁLEZ (*Viral contracts or unenforceable documents? Contractual validity of Copyleft licenses*. European Intellectual Property Review (EIPR), vol. 26, nº 8, 2004, pp. 331-339), para que A pudiera demandar a C en este supuesto, A debería ser titular de un derecho de terceros relativo a un contrato entre B y C, lo que sin duda es un razonamiento ilógico e inválido: los terceros no pueden interferir en los contratos, pues estos no pueden concederles derechos sin ser parte.

26 Como explica GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, “*eso significa que el titular de los derechos de autor solamente podría emprender una demanda contra su cesionario, pero no contra ningún subcesionario de la cadena*”. Vid. *Open Source, Free Software, and Contractual Issues*, Texas Intellectual Property Law Journal, vol. 15, no. 2, invierno 2007, pág. 202. La traducción es mía.

27 En este caso, el resultado viene a ser el mismo que el de estar vinculados por una relación contractual. Vid. *op. cit. supra*, p. 204. En esta solución concuerdan también GUADAMUZ (*vid. op. cit.*) y NADAN (*Open source licensing: virus or virtue?* Texas Intellectual Property Law Journal (TIPLJ), vol. 10, nº 3, primavera de 2002, pp. 349-378).

Sin esta vía de acción, las licencias que incluyen la cláusula *copyleft* quedarían totalmente vacías de contenido, dado que el hecho de que el contrato de licencia sea vinculante y ejecutable contra la otra parte contractual es totalmente insuficiente para cubrir su finalidad. Especialmente en una era global como la de hoy en día, las creaciones de la propiedad intelectual tienden a ser utilizadas de forma continuada, una y otra vez, por una larga cadena de usuarios que además cambian los formatos y las modifican a menudo para crear nuevas formas de expresión²⁸. Y, dado el propósito del *copyleft*, si los posteriores usuarios de la obra –es decir, los subcesionarios– no estuvieran sujetos a los términos de la licencia original, o a algún tipo de protección, la licencia quedaría sin ningún tipo de efecto ni significado; pues, naturalmente, cualquier tercero con acceso a la obra sin haber contratado directamente con el autor podría utilizarla contra su voluntad²⁹.

Con todo, interesa notar la contradicción en que se incurre con esta solución, aunque perfectamente válida, y es el hecho de que las licencias con *copyleft* estarían otorgando una suerte de “*protección a dos frentes*”³⁰ a la obra: por una parte, se imponen restricciones contractuales surgidas de la licencia misma, en particular mediante la cláusula *copyleft*; por otra parte, y dado que estas licencias se amparan en la legislación protectora de los derechos de autor a fin de constituirse de forma válida y eficaz, también se encuentran protegidas por dicha legislación³¹. Este conflicto, aunque compatible, no deja de crear una interesante ironía de contrarios, por la cual muchos opinan que el *copyright* no puede sino pervivir³².

28 ELKIN-KOREN, Niva, *What Contracts Can't Do: The Limits of Private Ordering in Facilitating a Creative Commons*. Fordham Law Review, Vol. 74, 2005, p. 29. Disponible en SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=760906>>

29 Sin perjuicio de la solución ofrecida por la protección que brindan las normas sobre los derechos de autor, es interesante la tesis de la oferta vinculante. Porque, ¿cómo se convierte uno en parte contractual? Como afirma ELKIN-KOREN (*vid. op. cit.*), a pesar de que en ocasiones resulte incierto, la verdad es que ciertos tribunales han considerado contratos perfeccionados entre partes basándose en evidencias mínimas de consentimiento, por lo que en determinados casos podría considerarse el acceso y utilización de la obra como un consentimiento válido y legalmente vinculante. De este modo, cualquier acceso a la obra –con conocimiento de los términos– estaría convirtiendo al usuario en parte contractual, y los términos de uso de la licencia serían exigibles contra cualquiera que tuviera acceso a la misma.

30 GUADAMUZ GONZÁLEZ, *cfr. op. cit.* p. 338.

31 Así, el incumplimiento de la cláusula *copyleft* por un tercero concedería al autor dos acciones distintas: por una parte, la de reclamar por violación de las normas reguladoras de los derechos de propiedad intelectual (en España, la LPI); y, adicionalmente, la vía de la infracción contractual, ya que se perfecciona el contrato desde el instante en que se otorga válidamente el consentimiento, expreso o no (y tal cosa habría tenido lugar por la utilización de la obra por parte de un tercero conocedor de los términos de la licencia). Partidaria de aceptar ambas vías como válidas y compatibles entre sí se muestra HEFFAN, Ira V. (*cfr. op. cit.*, p. 24.).

32 A este último respecto, y si bien no creo que *copyleft* y *copyright* no puedan coexistir, sin duda es debido a la falta de regulación sobre el primero, que surge aprovechando la ya existente. Sería más que aconsejable, como se verá, que el legislador realizara un esfuerzo en este sentido, puesto que las legislaciones nacionales son muy diversas y, adaptándose a ellas, el *copyleft* no puede ser sino un reflejo de las mismas. Por si fuera poco, los equilibrios de interpretación jurídico-doctrinal que la falta de regulación conlleva no pueden sino derivar en una inseguridad jurídica que, desde luego, es deseable evitar en la mayor medida posible.

II. EL LLAMADO EFECTO VÍRICO DEL COPYLEFT

Desde la creación del *copyleft* se le ha venido atribuyendo un efecto vírico, pues todas las obras derivadas de una obra protegida por éste deberán a su vez atenerse a los mismos principios de la licencia original, o cuanto menos no imponer mayores restricciones. A modo de ejemplo, en el ámbito del software, estas licencias suelen expresar, además, la obligación de no incorporar obras protegidas por *copyleft* –o sus modificaciones– a otras obras que se distribuyan sin incluir el código fuente (y, por lo tanto, imponiendo una restricción que en la licencia de la obra original no existía). En este ámbito al menos, existe una consecuencia de importancia, y es que el uso de las obras protegidas por *copyleft* está limitado, puesto que la mayoría de productos comerciales no permiten el acceso al código fuente.

Es por ello por lo que aquellos que estén sujetos a los términos y condiciones de la licencia y que generen nuevas obras a partir de ella están obligados a propagar esa licencia, o en todo caso sus términos, una y otra vez, formándose así una especie de cadena. A esto es a lo que hace referencia el término *vírico*: a un elemento que se propaga rápidamente, adhiriéndose a otros elementos para ello.

Precisamente por eso, el *copyleft* ha recibido numerosas críticas motivadas por la limitación comercial que suele tener en el mercado de software: el consejero de Microsoft, Craig Mundie, ha afirmado que “*el aspecto viral de la GPL plantea una amenaza para la propiedad intelectual de cualquier organización que haga uso de ella*”³³, y más tajantemente todavía se ha pronunciado el director ejecutivo de la compañía, al concluir que la GPL es “*un cáncer que se adhiere, en el sentido de la propiedad intelectual, a todo cuanto toca*”³⁴.

Resulta difícil no resaltar que tales críticas provienen habitualmente de grandes compañías, como las dedicadas al software, y que el hecho de que no pongan a disposición de los usuarios su código fuente es, en realidad, el único obstáculo. Y existe precisamente por la voluntad de percibir un beneficio económico no ya solamente por el software en sí mismo, lo que no sería óbice para su difusión, sino por cualesquiera modificaciones que de éste se pudieran hacer.

Se trata, naturalmente, de un posicionamiento perfectamente legítimo y defendible, pero que en ningún caso puede ir aparejado, por cuestiones de coherencia, de semejante crítica hacia quienes se decantan por una filosofía distinta. Aun entendiendo que el *copyleft* conlleva la creación de una especie de cadena tras de sí, tildarlo de virus o de cáncer resulta excesivo: no se propaga aleatoriamente, sino únicamente hacia las obras de quienes acepten los términos de la licencia. No es un mal o un elemento dañino como se quiere

33 MUNDIE, Craig, *Speech Transcript – Craig Mundie*, New York University Stern School of Business, 3 de mayo de 2001. Disponible en Web: <<http://www.microsoft.com/en-us/news/exec/craig/05-03sharesource.aspx>>

34 NEWBART, Dave, *Microsoft CEO takes launch break with the Sun-Times*, Chicago Sun-Times, 1 de junio de 2001.

hacer ver, sino algo aceptado libremente por la voluntad de quien hace uso de ello³⁵.

De hecho, la propia licencia GPL contiene una cláusula que permite a algunos de los componentes de la obra interactuar con otros no protegidos por *copyleft* bajo determinadas condiciones: se trata de las cláusulas de interoperatividad.

III. LA DISMINUCIÓN DE LA ACEPTACIÓN CONTRACTUAL

Existe todavía otro aspecto contractual que debe atraer nuestra atención con respecto al *copyleft* y su aplicación en licencias GNU GPL. Pese a que esta situación no se evidencia exclusivamente en este tipo de licencias, en ellas puede presentar algunas particularidades que, de hecho, han llevado a cuestionar su validez.

Se trata de la cuestión del consentimiento contractual en el caso de las licencias conocidas como "*shrinkwrap*", "*browsewrap*" y "*clickwrap*", vinculadas al mundo cibernético y, en especial, del software.

Este tipo de licencias surgen a medida que el mercado de software comercial se expande, acercándose a un público de masas, de modo que las técnicas de la negociación y las licencias individuales devinieron algo poco práctico: ¿se imaginan tener que negociar los términos de la licencia que acompaña al producto cada vez que fueran a la tienda de informática a comprar un antivirus para su ordenador? Así surgieron este tipo de licencias, como contratos de adhesión o "*take it or leave it*".

Las licencias *shrinkwrap* en particular han sido definidas por la doctrina como un acuerdo de licencia que habitualmente viene contenido en una caja de software y que establece que, al abrir el paquete o envoltorio, el usuario consiente en aceptar los términos de la misma³⁶.

En el caso de las licencias *clickwrap* o *webwrap*, el acuerdo se suele presentar en una página web en la que el usuario, previamente a la descarga del software, debe hacer clic en un botón que aparece al final de los términos de la licencia. En ocasiones, este tipo de licencias aparecen en forma de *pop-up*, en una ventana emergente que se aparece al usuario en el momento de instalación del software y en la que, nuevamente, se le exponen los términos de la licencia y debe indiciar su aceptación haciendo clic en un botón. En caso de rechazar los términos, la instalación o descarga no tendrá lugar.

De esta manera, el comprador o usuario no se convierte en licenciatarario, en el caso

35 De acuerdo con David McGowan en la obra de FELLER, J. [et al.], *Perspectives on Free and Open Source Software*, MIT Press, London, 2005, p. 382, no hay razón alguna para creer que la GPL pudiera, en ningún caso, obligar al software privativo a convertirse en *free software*. Por ello, el término *viral* no crea más que una reticencia en el usuario y consumidor hacia este tipo de licencias.

36 NADAN, Christian H., *op. cit.*, p. 14.

del *shrinkwrap*, hasta que abre el paquete o rompe el plástico que lo precinta; en el caso del *clickwrap*, en muchas ocasiones tampoco sucede tal cosa hasta que no se inicia la descarga o instalación. Lo que esto provoca es que el consumidor no preste su consentimiento a los términos de la licencia en el momento de la compraventa, sino que lo manifiesta posteriormente y de forma tácita, no expresa. En otras palabras, su consentimiento se ve “aplazado” o incluso, en ocasiones, “disminuido”, y es por ello por lo que se pone en tela de juicio la validez de estas licencias.

¿Puede negarse el consumidor a la formación del contrato? Lo cierto es que sí, pero sólo en caso de que devuelva el software al vendedor con el envoltorio original intacto, por lo que en estos casos lo fundamental y esencial para determinar la validez de la licencia será el conocimiento del usuario de los términos y la adecuada visibilidad de la licencia o advertencia sobre la misma en el exterior del paquete³⁷.

Pero la razón de ser de las licencias de este tipo no se debe solamente al desarrollo de un mercado de masas. Sirven a dos propósitos más. En primer lugar, como licencia sujeta a los derechos de autor, se encuentra protegida por su normativa. Pero, en segundo lugar, y aun en el *common law*, a diferencia del resto de licencias constituyen un verdadero contrato por ir ligadas a la compraventa. En este caso, la eficacia y validez del contrato dependerá de las distintas legislaciones nacionales y el cumplimiento de los principios contractuales esenciales: los propios tribunales anglosajones tienden a considerarlos contractualmente válidos siempre y cuando cumplan estas formalidades³⁸.

Además, al ligar las licencias al contrato de compraventa, el adquirente no dispone libremente del bien, como sucedería en una compraventa a secas, sino que aspectos como la reproducción y redistribución del producto suelen estar limitados para proteger tanto al creador como al distribuidor³⁹ del software.

Estos extremos ponen en situación de inferioridad al consumidor, no sólo por el tipo de contrato (de adhesión), sino por el hecho de que éste vaya acompañado de una licencia y la posibilidad de que las condiciones de la misma no sean informadas adecuadamente al consumidor, con la eventual nulidad de su consentimiento. Así, en caso de litigio, es muy probable que las licencias *shrinkwrap* o *browsewrap* puedan acusar de una

37 HEFFAN, Ira V., *op. cit.*, p. 13. Estas condiciones de visibilidad y de información al comprador conectan directamente con los arts. 17 y 18 del RD 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU); aunque la jurisprudencia de nuestros tribunales es escasa, la vía de la vulneración de los derechos del consumidor representa en estos casos uno de los cursos de acción más apropiados para aquellas situaciones en las que se encuentren presentes este tipo de licencias, especialmente las de tipo *shrinkwrap*, que a menudo pueden contener cláusulas abusivas o incluso llegar a la nulidad contractual por la falta de un consentimiento válido. Hay que recordar que también es aplicable la normativa europea, en particular las Directivas UE (CE) 93/13, sobre cláusulas abusivas; la 99/44, sobre garantías sobre bienes de consumo; y la 97/07, sobre contratos a distancia.

38 HEFFAN, *vid. op. cit.*: <<siempre y cuando no viole las políticas de propiedad intelectual>>.

39 OBANDO P., Juan José, *Los contratos Electrónicos y Digitales*. REDI Revista Electrónica de Derecho Informático, núm. 39, Octubre de 2001.

falta de consentimiento⁴⁰.

No obstante, la jurisprudencia existente todavía es confusa y ambigua. Pues, en el caso de las licencias *shrinkwrap*, en ocasiones se ha resuelto que eran válidas y vinculantes aun cuando el licenciatario no hubiera advertido los términos de la misma hasta después de haber comprado el programa. Y, en cuanto a las *browse-wrap*, los tribunales han sostenido que son vinculantes en casos en los que la licencia simplemente había sido mostrada en la página web informando de que el uso del producto o web constituiría aceptación de los términos⁴¹.

Así, aun cuando generalmente se considera válida y vinculante la licencia cuya información y visibilidad es facilitada al usuario adecuadamente, solamente un marco legal y jurisprudencial apropiado solventará la polémica. La diversidad de las legislaciones internas oscila desde aquéllos Estados que han aceptado la validez de las licencias *shrinkwrap* y similares (EEUU, Canadá, Inglaterra, Argentina, Bélgica, Egipto, Hong Kong y Malasia) hasta aquéllos otros que imponen limitaciones importantes a su uso, protegiendo en mayor medida al consumidor (Colombia, Dinamarca, Francia, Alemania o Italia), pasando por otros, como en el caso español, que realizan diariamente transacciones con este tipo de licencias pero con una ausencia absoluta de legislación o jurisprudencia al respecto⁴².

40 BROWN, Christopher S., *Copyleft, the disguised Copyright: Why Legislative Reform is Superior to Copyleft Licenses*. University of Missouri-Kansas City Law Review, vol. 78, p. 749, 2010.

En este sentido, ha sido imperativo recurrir tanto a doctrina como jurisprudencia internacionales, especialmente estadounidenses, puesto que la interna es casi inexistente: tan sólo puede destacarse hasta la fecha la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 630/2012, de 30 de octubre, en la que un buscador web (eDreams) accedía ilegalmente -en concreto, con métodos de "hackeo"- a la base de datos de otra página web (Ryanair), obteniendo así toda la información contenida en esta última. Con idéntica casuística y demandante, puede verse la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 572/2012, de 9 de octubre.

En este caso, el Tribunal Supremo concluyó que la página web del demandante (Ryanair) estaba protegida por un contrato de licencia del tipo *browsewrap*, donde la aceptación de los términos del mismo viene dada por la mera utilización de la página web y de sus elementos (como por ejemplo los buscadores o las bases de datos). No obstante, determinó que entre eDreams y Ryanair no existía contrato alguno por no concurrir el requisito necesario de la aceptación: según el alto Tribunal, cuando se accede a una web fuera de los medios ofrecidos por la misma -"hackeándola"- se está manifestando tácitamente un rechazo de los términos contractuales, que además son desconocidos, por lo que no puede haber incumplimiento contractual alguno como argumentaba el demandante. Literalmente, en la sentencia se distingue la infracción contractual -que exige la previa prestación de consentimiento- de "la actuación de quien, con rechazo más o menos expreso de las condiciones impuestas por el titular de una web y (...) a modo de atajo o pasarela facilita a los consumidores finales el acceso directo a determinados contenidos de la web, sin necesidad de seguir el itinerario de navegación diseñado por su titular (...), y que no podrán ser aceptadas al ser desconocidas".

Con todo, resulta deplorable que aun cuando el demandante llegara a interpretar que tales licencias son válidas en nuestro derecho por formarse un contrato de conformidad al art. 1254 CC, el Tribunal Supremo no aprovechara la ocasión para pronunciarse más extensamente sobre un ámbito que cuenta con nula regulación, escasa doctrina y aún menor jurisprudencia en nuestro país, pudiendo haber contribuido así a disipar en buena medida la grave situación de inseguridad jurídica que se ha generado.

41 ELKIN-KOREN, Niva, *óp. cit.*, p. 33.

42 OBANDO P., Juan José, *óp. cit.*: <<Debe crearse prontamente un instrumento internacional que reúna los criterios de las diferentes naciones en un cuerpo único, para así lograr un panorama más claro para los contratos *shrinkwrap*. Se tiene que considerar el respeto a los derechos de los consumidores, en cuanto a que en el empaque del software se explique la existencia de las cláusula de la licencia dentro de éste>>.

IV. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL COPYLEFT EN ESPAÑA

La jurisprudencia española ha sufrido una destacable evolución desde la aparición del *copyleft*. La más notoria, sin duda, es la referente a la violación de los derechos de autor en obras musicales, en las que se emprenden acciones legales por el uso no autorizado y la difusión pública de éstas. Se trata de acciones civiles en las que los demandantes solicitan una indemnización por daños y perjuicios derivados de la violación de tales derechos, así como la cesación de la conducta infractora, mientras que los demandados argumentan que no existe tal violación porque las obras musicales utilizadas no pertenecen al repertorio del demandante y, además, están protegidas por *copyleft*, por lo que la licencia ha de ser libre⁴³.

La evolución se observa en que los tribunales españoles, que tradicionalmente han aplicado dos presunciones en torno a la protección de la propiedad intelectual, han redefinido significativamente una de ellas a fin de adaptarla al *copyleft*⁴⁴: se trata de la presunción de comunicación pública y la presunción en favor de la gestión de derechos por parte de sociedades de gestión colectiva.

Con respecto a la presunción de comunicación pública, la ley española⁴⁵ la define como cualquier acto que permita a un colectivo de personas tener acceso a obras protegidas por los derechos de autor sin haber obtenido previamente copia de ellas⁴⁶, excluyendo la esfera estrictamente doméstica. Desde la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 1993, la jurisprudencia ha sostenido que el uso de artefactos tales como televisores u otros en establecimientos públicos implica la difusión pública de las obras, lo que ha generado la presunción de que la mera presencia de estos artefactos en zonas públicas supone la oferta a su clientela de entretenimiento musical regular, invirtiendo así la carga de la prueba.

La segunda presunción establece que, en caso de violación de los derechos de autor en un establecimiento público, dado que la SGAE era entonces la única sociedad existente de ese tipo en España, ésta representará los intereses de los perjudicados. Particularmente, tiene su aplicación en cuanto la primera presunción queda probada, por lo que en la gran mayoría de los casos se aplica casi automáticamente.

43 Sirvan de ejemplo las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid 150/2007, de 5 de julio; 130/2011, de 15 de abril y 45/2011, de 18 de febrero; de la Audiencia Provincial de Valencia, la 372/2011, de 4 de octubre; y de la Audiencia Provincial de Alicante, la 45/2011, de 3 de febrero.

44 IGLESIAS POSSE, Rubén, *The legal status of copyleft before the Spanish courts*, Journal of Intellectual Property Law&Practice, 2009, vol. 4, no. 11, p. 816.

45 Art. 20.1 RDL 1/1996

46 IGLESIAS POSSE, *op. cit.*

Sin embargo, desde el surgimiento del *copyleft*, se ha ido imponiendo una nueva tendencia, observable en las sentencias citadas: la de que sería injusto hacer probar al demandado que toda la música difundida en tales artefactos estaba protegida por *copyleft*, así como a la inversa (que el demandante demuestre que absolutamente toda la música utilizada por el demandado pertenecía a su repertorio protegido). Esto ha supuesto un cambio en la carga de la prueba, que se ve matizada⁴⁷.

Gracias a la difusión de este otro tipo de formas de protección de la propiedad intelectual se ha obrado un cambio de tendencia y de interpretación por parte de los tribunales, cuya evolución será interesante continuar observando en el futuro. Sería algo más que adecuado, sin embargo, que no sólo los tribunales, sino también los parlamentos, se sumaran a esta realidad, a fin de garantizar la mejor adecuación del ordenamiento jurídico y, consiguientemente, la seguridad jurídica de sus usuarios.

47 IGLESIAS POSSE, *op. cit.*: <<un rápido análisis de las 20 sentencias sobre el *copyleft* acerca de obras musicales demuestra claramente la importancia de la prueba. En 11 casos, los demandados ganaron porque demostraron que habían reproducido música *copyleft* y los demandantes no pudieron probar que las obras fueran parte de su repertorio>>.

ANEXO

§ BIBLIOGRAFÍA

APLIN, Tanya F.; *Copyright law in the digital society: the challenges of multimedia*. Hart Publishing Oxford, King's College School of Law, 2005.

BROWN, Christopher S.; *Copyleft, the disguised Copyright: why legislative reform is superior to Copyleft licenses*. University of Missouri Kansas City Law Review, vol. 78, octubre de 2010, pp. 749. SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1688402>

COLOMBO, Sara, y JACOD, Davide; *Il copyleft: le novità introdotte da Linux e dall'open source nella produzione di software*. Università degli studi di Torino, 2005.

DE LA CUEVA GONZÁLEZ-COTERA, Javier; *Introducción al Copyleft: una perspectiva de su recepción en España*. Revista Periférica, nº 8, 2007, Universidad de Cádiz, pp. 113-132.

ELKIN-KOREN, Niva; *What contracts cannot do: the limits of private ordering in facilitating a Creative Commons*. Fordham Law Review, vol. 74, nº 2, 2005, pp. 375-422.

FELLER, J. [et. al.]; *Perspectives on Free and Open Source Software*. MIT Press, London, 2005.

GANGULY, Nirmalya; *Copyleft: an alternative to Copyright in computer software and beyond*. Journal of Intellectual Property Rights (JIPR), vol. 12, mayo 2007, pp. 303-313.

GONZÁLEZ BARAHONA, Jesús M., RODRÍGUEZ, Emmanuel [et. al.]; *Copyleft: manual de uso*. Traficantes de Sueños, Madrid, 2006. ISBN 10: 84-96453-14-6.

GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, José J.; *Open Source, Free Software, and contractual issues*. Texas Intellectual Property Law Journal (TIPLJ), vol. 15, nº 2, invierno de 2007, pp. 157-212.

GUADAMUZ, Andrés; *The license/contract dichotomy in Open licenses: a comparative analysis*. University of La Verne Law Review, vol. 30, nº 2, abril de 2009, pp. 101-116.

- *Viral contracts or unenforceable documents? Contractual validity of Copyleft licenses*. European Intellectual Property Review (EIPR), vol. 26, nº 8, 2004, pp. 331-339

HEFFAN, Ira V.; *Copyleft: licensing collaborative works in the digital age*. Stanford Law Review, vol. 49, nº 6, julio de 1997, pp. 1487-1521.

HOGLE, Sean; *Conditions vs. Covenants: California rulings threaten the practical enforceability of Open Source licenses*. Computer & Internet Lawyer, vol. 25, nº 9, septiembre de 2008, pp. 1-5.

IGLESIAS POSSE, Rubén; *The legal status of Copyleft before the Spanish courts*. Oxford Journal of Intellectual Property Law & Practice, vol. 4, nº 11, 2009, pp. 815-826.

JONES, Pamela; *The GPL is a license, not a contract*. Linux Weekly News (LWN), 3 de diciembre de 2003. Disponible en Web: <http://lwn.net/Articles/61292/>

JONGITUD ZAMORA, Jaqueline; *Contradicciones de la globalización: surgimiento del Copyleft*. Revista Telemática de Filosofía del Derecho (RTFD), nº 10, 2006-2007, pp. 141-174, ISSN 1575-7832.

KATZ, Andrew (2012); *Towards a functional licence for open hardware*. International Free and Open Source Software Law Review (IFOSS L. Rev.), vol. 4, nº 1, marzo 2012.

LESSIG, Lawrence; *The law of the horse: what cyberlaw might teach*. Harvard Law Review, vol. 113, nº 2, diciembre de 1999, pp. 501-549.

LÓPEZ MAZA, Sebastián; *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*. Comares, Granada, 2009. ISBN: 978-84-9836-527-6.

NADAN, Christian H.; *Open source licensing: virus or virtue?* Texas Intellectual Property Law Journal (TIPLJ), vol. 10, nº 3, primavera de 2002, pp. 349-378.

O' SULLIVAN, M.; *Making Copyright ambidextrous: an expose of Copyleft*. Journal of Information, Law and Technology (JILT), nº 3, 2003, University of Warwick.

OBANDO P., Juan José; *Los contratos electrónicos y digitales*. Revista Electrónica de Derecho Informático (REDI), nº 39, octubre de 2001.

RODRÍGUEZ MEDEROS, Mabel; *La difusión de las creaciones en la era digital: el Copyleft para distribuir creaciones en la era digital*. ACIMED, vol. 15, nº 1, enero de 2007, pp. 1-22. ISSN 1561-2880.

STALLMAN, Richard M.; *Copyleft: pragmatic idealism*. GNU Project - Free Software Foundation. Disponible en Web: <http://www.gnu.org/philosophy/pragmatic.en.html>

- *My Lisp experiences and the development of GNU Emacs*. GNU Project - Free Software

Foundation. Disponible en Web: <http://www.gnu.org/gnu/rms-lisp.html>

- *The GNU Project*. GNU Project - Free Software Foundation. Disponible en Web: <http://www.gnu.org/gnu/thegnuproject.html>

- *Why software should be free*. GNU Project - Free Software Foundation. Disponible en Web: <http://www.gnu.org/philosophy/shouldbefree.html>

VAN EECKE, Patrick, y Truyens, Maarten; *Recent events in EU internet law*. *Journal of Internet Law*, vol. 11, n° 10, abril de 2008, pp. 25-26.

WEISER, Philip J.; *The internet innovation and intellectual property policy*. *Columbia Law Review*, vol. 103, n° 3, abril de 2003, pp. 534-613.